

A situação patrimonial do lesante é também fator imprescindível na quantificação, mas não pode vir dissociada da intenção de lesar.

No primeiro caso, pode o órgão de imprensa ter tido o intuito de prejudicar o candidato com a falsa informação e, independente de sua situação patrimonial, a dolosa intenção deve justificar um ressarcimento punitivo e desestimulador, que previamente já deveria ter sido estipulado na inicial. No segundo caso, se o erro resultou de culpa — e não de dolo — não tendo criado sequer prejuízos de natureza patrimonial, o ressarcimento pecuniário não deve ser elevado. Tem-se falado em 3 vezes o valor do cheque ou do valor em discussão, outros admitindo em que se faça até 100 vezes. A meu ver, nestes casos, cabe ao magistrado determinar a liquidação por artigos para se verificar se a pretensão inicial do autor exteriorizado na inicial e sopesada na decisão, foi correta e justa. Para este aspecto a falta de intenção de lesar é fator relevante e redutor da indenização.

Por fim, da mesma forma que se tem hoje cálculos atuariais para as mais variadas lesões à pessoa humana de natureza patrimonial (acidente de trabalho, por exemplo), não me parece desavisado que se procurasse quantificar para os danos exclusivamente morais uma lei com cálculos atuariais, em que seriam referenciados para uma “quantificação base” os quatro elementos atrás enunciados, como ocorre nos Estados Unidos.

E termino por aqui a breve palestra sobre matéria de especialidade dos civilistas e tão bem examinada, em seus fundamentos jurídicos por Carlos Alberto Bittar, razão pela qual não fui obrigado a reproduzir muitas citações para mostrar-lhes que examinei o assunto antes de ofertar a minha pessoal opinião de um curioso publicista.

Reconheço que para a teoria clássica do direito à personalidade e dos danos morais, minha palestra foge à tranquilidade de um ramo jurídico, que tem mais de 2.000 anos de estabilidade. Como, todavia, a área em que atuo vive apenas da instabilidade com alterações tão rápidas quanto surpreendentes, quis trazer um pouco desta instabilidade preocupante dos publicistas à olímpica estabilidade dos privatistas. E, com isto pretendi espicaçar a inteligência de doutrinadores e magistrados aqui presentes, buscando a quantificação dos danos morais que permita, no justo ressarcimento, desestimular a geração de lesões sem estimular a “indústria” das ações de ressarcimento.

E estou, agora, à disposição do plenário para suportar a justa ira dos civilistas

Debates sobre o tema “Quantificação nos Arbitramentos por Dano Moral”

Pergunta do Dr. Waldirio Bulgarelli (Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

Gostaria que se levasse em consideração que as indenizações têm que ser altas, para que se desanimem e se desestimulem esses danos que ocorrem em relação a dignidade. O valor da dignidade de alguém está em função de quê? É difícil a alguém avaliar quanto vale. Isso pode ser feito em termos de salários, mas, Prof. Ives, em termos de ir a juízo pleitear uma indenização, acho muito relativo. Então, eu pediria que nós pensássemos melhor na posição apaixonada, eu reconheço a sua paixão. Isso é o que o faz um dos grandes juristas e advogados.

Pergunta do Prof. Ives Gandra da Silva Martins

Em primeiro lugar quero esclarecer que não tenho nenhuma questão de ressarcimento por dano moral e por essa razão, aceitei tranquilamente ser conferencista. Porque não tinha que defender nenhuma questão pessoal.

Em segundo lugar, apresentei critérios que me parecem bastante objetivos. Se alguém entende que a sua moral foi atingida, que teve um dano moral, sabe quanto isto vale e deve, de início, apresentar o valor do ressarcimento que pretende. E por que não apresenta? Por uma razão muito simples: porque as custas processuais teriam de ser pagas de acordo com pretensão e, como, na verdade, ele conta com a condenação ao final, quaisquer que sejam os valores, não tem que desembolsar essas custas. O mesmo problema ocorre na sucumbência, o que, vale dizer, se ele apresentar o valor que pretende e vier a ser condenado, terá que ser condenado com base naqueles valores.

Alguém que diz que foi atingido moralmente e não sabe quanto vale a sua honra, transferindo tal determinação para um juiz que não o conhece em profundidade, é evidentemente alguém que não merece confiança. Outro aspecto relevante é a intenção de agir. Por esta linha, sugeri um critério extremamente objetivo. Quem se sentiu lesado deve quantificar o valor da sua lesão, previamente, enquanto não se tiver tarifas adequadas para facilitar o trabalho do magistrado.

Ora, eu ofertei alguns outros critérios que também não são apaixonados. Se o cidadão quer ter uma patrimonialização em função de seu prestígio, da sua

inserção na sociedade, nada mais legítimo que diga ao magistrado qual é o valor de seu patrimônio, qual é a contribuição sua à sociedade através do imposto de renda, com o que haverá um elemento adicional para quantificar o "preço da sua honra".

O que eu estou apresentando aqui, não é nada de não científico mas, ao contrário, uma contribuição que me parece entretanto adequada, num congresso dessa natureza. Para facilitar a solução de um dos problemas que considero dos mais difíceis para os magistrados, já que os advogados dos querelantes com danos morais, transferem tal quantificação para o final, gerando um problema seríssimo para o magistrado.

E, por fim, a liquidação por artigos. Por que a liquidação por artigos? Porque essa liquidação vai permitir definir com justiça, no processo de execução, qual é esse valor. Não me parece que haja nada de acientífico, de não lógico, naquilo que apresentei.

Estamos aqui para refletir sobre soluções e esta palestra é para apresentar soluções. O que eu trouxe aqui foram propostas de soluções para aqueles que são responsáveis em equacionar tais problemas. Com a vantagem de, em não sendo a minha área, não ter sobre essa matéria nenhuma ação.

Pergunta do Dr. Antonio Flávio Leite Galvão.

Em primeiro lugar, com todo respeito ao Prof. Ives, eu acredito que a honra e a moral não tenham nada a ver com o patrimônio da pessoa. Acho um caminho muito perigoso balizar a quantificação do dano pelo patrimônio, pela declaração de imposto de renda da pessoa. Se assim fosse, os banqueiros de jogo do bicho, que têm grande patrimônio, teriam direito a uma indenização, a um quantum, muito maior do que advogados e juizes que labutam diariamente mas não têm um patrimônio tão grande. Em segundo lugar, acredito que o magistrado tenha que encarar a indenização por dano moral não pelo campo da indenização propriamente dita, ou de uma reparação, mas como uma compensação pelo sofrimento que a pessoa está tendo com aquele ato. Melhor explicando, a moral não tem preço mas a pessoa tem direito a ser compensada para amenizar sua dor, aquele prejuízo muitas vezes irreparável. Daí eu não usar a palavra "reparação".

Em terceiro lugar, dirigindo-me ao Prof. Bittar, a jurisprudência de início caminhou no sentido de que a pessoa jurídica não teria legitimidade para pleitear a compensação ou a indenização por dano moral. Hoje em dia a jurisprudência já aceita o dano moral puro mesmo em se tratando de uma pessoa jurídica. Até hoje tenho dúvida quanto a esse posicionamento da jurisprudência, na medida em que acho que o dano moral puro é aquele que atinge a intimidade ao ponto de produzir uma dor. E eu acho que a pessoa jurídica não tem essa dor. Quem tem essa dor, são os representantes legais dessa pessoa e os sócios dessa pessoa jurídica.

Assim, tenho dúvida se essa pessoa jurídica seria parte legítima, ativa, ou se seriam esses sócios que se sentem prejudicados realmente no seu íntimo. Gostaria que o Prof. Bittar respondesse.

Resposta do Prof. Ives Gandra da Silva Martins

Eu respondo as duas primeiras e passo ao Prof. Bittar. Em relação à primeira, de imposto de renda, certamente os bicheiros, que têm um patrimônio mas não pagam imposto de renda, nunca entrariam com nenhuma ação de ressarcimento por dano moral, pois não teriam sequer condições de apresentar sua declaração de renda. Sendo que muitas pessoas declaram, nas ações, que têm uma imagem, que têm um patrimônio e uma posição social, os quais, de acordo com o seu próprio ponto de vista, é o seu auto-retrato. Nada mais justo que o magistrado compare aquilo que a pessoa disse sobre a sua situação, sobre a sua inserção dentro da sociedade, para definir se efetivamente aquilo que ela disse corresponde àquilo que está pagando para o Poder Público. E se a pessoa não tiver tranqüilidade de estar pagando ao Poder Público o que efetivamente deveria pagar, pensará duas vezes na quantificação daquilo que representa a sua dor a ser compensada. Eu não ponho em dúvida de que há necessidade de uma compensação. O fato de dizer que se precisa ter critérios de quantificação, não significa que afaste a necessidade de um ressarcimento. O que não se pode é transformar o ressarcimento num grande negócio econômico ou financeiro. Também entendo que não é o patrimônio das pessoas que define a sua dignidade. E é por essa razão que sempre sinto um mal estar muito grande quando alguém diz que precisa ser compensado por dor moral recebendo uma determinada importância. Na minha concepção de dignidade humana isto me impressiona, pois não é efetivamente um tipo de compensação que eu pessoalmente gostaria de ter. A honra das pessoas não deveria ter preço. Mas, na teoria sobre dano moral, tem-se que se levar em consideração três elementos: Qual é o tipo de dano? Qual é a condição do lesado? Qual é a condição do lesante? E, na condição do lesado, entre os elementos que compõem a sua condição, evidentemente a sua situação patrimonial também é um elemento referencial para o magistrado. Com o que não é desavisado pedir, como elemento referencial para decisão do magistrado, que tenha a possibilidade de acesso a este dado importante, que é a declaração de imposto de renda.

Resposta do Prof. Carlos Alberto Bittar

Concordo plenamente com as observações do nosso interlocutor. Toda a questão sobre indenização de dano moral tem que partir dos pressupostos já indicados. Um deles é de que a indenização por dano moral é uma compensação. Não é uma equivalência. Quando eu indenizo dano moral não estou indenizando dano patrimonial. Se eu raciocinar com as mesmas regras do dano patrimonial, é claro que eu vou cair então nas imperfeições que foram aí apontadas. Uma coisa, por exemplo, é ressarcir o patrimônio que perdeu cem, tendo que agir para recolocá-lo. Na indenização por dano patrimonial o problema é todo de reconstituição patrimonial.

Mas, na indenização por dano moral a questão é muito diferente. Não é preço de dor. A teoria do preço de dor também já foi abandonada há muito tempo. A questão que se coloca é uma compensação que o Direito trabalhou, o Direito elaborou exatamente para não deixar sem resposta a atuação do lesante. Na

verdade, portanto, é todo um sistema de trabalho no sentido de se deixar indene. Porque indenizar é deixar indene. Deixar indene é dar alguma coisa em compensação. Ou repor, no caso da lesão por dano patrimonial.

Portanto, não podemos raciocinar, em indenização de dano moral, em função de patrimônio. Isso seria realmente um verdadeiro absurdo. Seria na verdade negar indenização a quem não tenha patrimônio. Imagine o pobre trabalhador ofendido que conseguiu amealhar um pouco menos do que o suficiente para poder viver. Ou às vezes nem conseguiu amealhar nada, porque, infelizmente, a situação econômica não permite. Esse nunca teria condição de obter uma indenização. Seria verdadeiramente um absurdo do nosso sistema jurídico.

Respeito, é claro, as colocações efetuadas, mas quero dizer que não podemos raciocinar por exceção. A patologia jurídica - como muito bem citou o nosso ilustre presidente, Dr. Salvio - é uma exceção. Aquilo que foi divulgado pelos jornais é uma verdadeira exceção. Na verdade foi uma trama, pelo que se percebe, engendrada por um grupo de pessoas, sem qualquer escrúpulo. Nós não podemos falar nisso como indenização por dano moral, não tem sentido. Seria na verdade raciocinar por exceção, raciocinar por patologia. Nós estamos rãociocinando dentro da verdadeira indenização pelo dano moral. E na verdadeira indenização pelo dano moral há uma compensação: é algo que o sistema jurídico injetou para compensar o lesante.

É por isso também, Prof. Ives, que o próprio interessado não precisa indicar valor nenhum. O pedido no Código de Processo Civil pode ser genérico, como pode ser definido. Pode ser certo ou não certo, pedindo a indenização e deixando, portanto, livremente ao juiz fixar o respectivo valor. Se em todas as outras ações não é necessário, porque só da indenização pelo dano moral? Seria na verdade criar uma restrição injusta.

Respondendo a questão sobre pessoa jurídica, não há dúvida nenhuma de que a pessoa jurídica tem legitimidade, porque hoje a doutrina reconhece na pessoa jurídica direitos de personalidade. É claro que aqueles direitos de personalidade compatíveis: os direitos de caráter moral e os direitos de caráter intelectual. Se, por exemplo, há um ataque a honra da pessoa jurídica pela imprensa, a pessoa jurídica está legitimada. Essa questão é hoje pacífica, não só na jurisprudência como também na doutrina, principalmente tendo em vista a problemática da concorrência desleal, a problemática da defesa de direitos autorais criados no âmbito de empresas.

Imagine, por exemplo, que alguém assaque pela imprensa, uma notícia falsa a respeito de uma empresa, ou do seu empresário. Se for contra o empresário, legitimado o empresário; se for contra a empresa, legitimada é a pessoa jurídica. Porque reconhece - repito - direitos da personalidade às pessoas jurídicas. Não há nenhum problema nesse sentido. Mas, nada impede também que, por reflexo, outras pessoas possam pedir, se do mesmo fato originário houver lesão.

Pergunta do Juiz Dr. Antonio Guilherme Tanger Jardim (Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio Grande do Sul).

A minha pergunta é ao eminente Carlos Alberto Bittar, pedindo que cogite mais especificamente a possibilidade de dano moral puro em dor física.

Resposta do Prof. Carlos Alberto Bittar

Temos que entender que o dano moral puro, é aquele que repercute unicamente nas esferas valorativas e sentimentais. Se nós entendermos que existe uma moralidade pública, então é perfeitamente possível reparações de danos morais. Esse é um tema que tive a oportunidade de colocar no meu livro e que vem sendo desenvolvido também pelo meu filho, que é procurador do estado e está escrevendo um trabalho exatamente nesse sentido: Responsabilidade Civil por Danos Morais à Coletividade. Entendo perfeitamente possível caracterizar e existe toda uma legislação entre nós, principalmente a Lei Civil de Ação Pública e as leis que se seguiram, todas elas naquele trilho (ações sobre interesses difusos, coletivos e homogêneos).

Pergunta do Juiz Dr. Hamilton Elliot Akel (I Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo).

Pressupondo-se que a liquidação se faça por arbitramento, até que ponto o juiz pode se valer do auxílio do perito, em se tratando de reparação do dano moral puro, sem que isso acabe por caracterizar uma delegação da função jurisdicional?

Resposta do Prof. Carlos Alberto Bittar

O juiz, quando determina a realização de perícia, vai se louvar no trabalho do perito, mas não precisa necessariamente aceitar o valor que o perito estipulou. E, mesmo quando aceita, está, na verdade, absolvendo e passa a ser sua a decisão. Acho que essa questão de perícia é fundamental, dependendo de certas particularidades que escapam ao juiz. Eu lembro, por exemplo, de uma discussão em matéria de violação de direito autoral, que tratava de utilização indevida de um texto sobre medicina, na qual a definição de danos, foi equacionada através do trabalho de perícia.

Pergunta do Juiz Dr. Hamilton Elliot Akel (I Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo)

Eu gostaria de saber, no caso do dano moral puro, qual seria a atuação possível de um perito em arbitramento?

Resposta do Prof. Carlos Alberto Bittar

O dano moral puro não tem nenhuma diferenciação em relação a danos reflexos. O fato de ser dano moral puro não significa que não precisará ter uma base econômica. Nos casos que nós discutimos, todos eles de danos morais puros, há sempre uma base econômica, a partir da qual o juiz estabelece o valor. Vamos recordar algumas situações para deixar claro que o fato de ser dano moral puro não impede a atuação do perito. Se tomássemos por base a utilização indevida de uma obra intelectual, por não ter sido colocado o nome do titular, ou a utilização indevida de uma obra contrafeita, nós teríamos que estabelecer uma base. E é sobre essa base econômica que o perito vai atuar. O perito vai dar a base econômica em função da qual o juiz estipulará o valor. No caso, por exemplo, de contrafação, a lei de direitos autorais manda que a indenização corresponda a dois mil exemplares. Então o perito, nesse caso, vai definir a base econômica sobre a qual o juiz atribuirá o valor de reparação por dano moral. O fato de ser dano moral puro não cria nenhum óbice à atuação do perito.

Pergunta do Prof. Geraldo de Camargo Vidigal (Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

Eu queria submeter à apreciação dos dois conferencistas uma circunstância especial. Quando a questão é patrimonial, existem os elementos patrimoniais balizando a pretensão e a parte contrária parte dessa baliza. Ainda que não se atribua valor, existem os elementos materiais de apuração e que estarão guiando tanto os dois mitigantes quanto o juiz. Mas, no caso de dano moral, não existe esse elemento. Quando alguém pede indenização por dano moral, e não há nenhum elemento patrimonial para aferição do pedido, surge um problema apreciável para o juiz. A sentença vai ser dada sem que as partes tenham podido participar do que é a tradição do dano moral em patrimônio. A indenização não é moral. A indenização é patrimonial. Então, eu gostaria que os nossos conferencistas nos dissessem como o arbitramento e a perícia se fazem sem haver elemento algum de debate entre as partes.

Resposta do Prof. Ives Gandra da Silva Martins

Exatamente foi essa a colocação que me levou a entender que, como o dano moral tem uma compensação que não tem nada a ver com a moral, pois é, não é problema de ressarcimento patrimonial que se possa definir pelos prejuízos causados mais os lucros cessantes. É evidente que se tem que ter um referencial daquilo que se está pretendendo, porque, caso contrário, não nenhum elemento. Um perito e um juiz definirão de acordo com a sua visão, sem saber o que o cidadão está considerando ser seu perfil a ser indenizado pecuniariamente por dano moral. Nada mais legítimo, quando se trabalha com dois valores absolutamente distintos, sem nenhuma referenciabilidade, encontrar critério semelhante ao que segue. Na Paraíba, com o governador Ronaldo Cunha Lima, a honra não se lava com

dinheiro, mas com sangue. Porque, na verdade, conforme a região, a moral é examinada acima de qualquer valor patrimonial. Na prática, quando vou trabalhar com dois valores heterogêneos, que não têm nenhum referencial, quem vem pleitear em juízo teria que dar esses elementos, sobre os quais o juiz e o perito irão trabalhar. Deverá dizer porque entende que merece aquele valor na ação que proponha. E defendo a liquidação, sempre por artigos, porque permite que se estabeleça um contraditório de execução, o que não acontece no arbitramento. São duas propostas muito simples que, na minha opinião, facilitariam o trabalho do magistrado para conformar uma jurisprudência que não seria patológica, mas uma jurisprudência razoável e, evidentemente, afastaria todos aqueles que, utilizando essa técnica processual de deixar ao magistrado para decidir, não correm nenhum risco na demanda (nem de custos, nem de sucumbência).

Resposta do Prof. Carlos Alberto Bittar

Em primeiro lugar, a indenização pelo dano moral não necessariamente corresponde a uma indenização patrimonial. Na verdade, existem técnicas outras, muitas delas previstas em lei, que são aquelas reparações que eu chamo de não patrimoniais. Mas, de qualquer sorte, mesmo nas reparações patrimoniais é preciso deixar claro que uma coisa é a base econômica sobre a qual o juiz define o valor e outra coisa é a questão da reparação do dano moral em si.

Vou dar um exemplo muito simples. Suponha que alguém tenha, por força de um protesto indevido de um cheque, sofrido abalo de crédito. E suponha que essa pessoa tenha uma empresa e que a sua empresa venha a sofrer restrições de crédito na prática. Apura-se inicialmente o dano patrimonial e, a partir desse dano patrimonial, se pode definir o dano moral. Ou seja, a definição do dano moral pode ser feita com base numa base patrimonial, numa base econômica. Isso nada tem a ver, repito, com a questão da indenização do dano moral em si. Uma coisa é a existência do dano moral. Outra coisa é a sua reparação e, na sua reparação, quando patrimonial, certos parâmetros são econômicos. Parâmetros são levados em conta, repito, em função de cada caso. É por isso que se deixa o pedido livre à pessoa, e o mesmo será depois analisado, discutido e decidido.

Lembro um acórdão do Supremo Tribunal, na modificação indevida de um projeto arquitetônico. O Supremo Tribunal, através da perícia, verificou que o valor de honorários cobrados num determinado contrato era "x". Aplicou três vezes "x" como aquilo que considerou razoável como indenização pelo dano moral. E era dano moral puro. O dano moral pode ser reflexo ou puro. No caso concreto era um dano moral puro, ou seja, era a alteração, sem autorização, de obra intelectual. Ora, nada fere mais do que a violação que atinja a criação intelectual. São duas questões diferentes. Na base econômica pode haver tranquilamente a participação de peritos, sem que isso importe em qualquer problema em relação à indenização do dano moral.