

RESUMO

O presente artigo aborda a fixação da indenização por danos extrapatrimoniais na perspectiva constitucional, concluindo-se pela imprescindibilidade da prevalência do caráter desestimulador-exemplar das indenizações por danos morais, a fim de que efetivamente tutele-se a dignidade da pessoa humana, concretizando a função promocional do ser humano no plano infraconstitucional, notadamente em sede da responsabilidade civil, em detrimento da ideologia das codificações oitocentistas pela qual se analisaria o referido instituto pelos aspectos patrimoniais e no plano restrito dos sujeitos que polarizam o evento danoso.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano Extrapatrimonial / Moral. Constitucionalização do Direito Civil. Função Desestimulante-Exemplar das Indenizações.

ABSTRACT

This article discusses the determination of damages in constitutional perspective, concluding the indispensability of the prevalence of copy-deterrent nature of compensation for moral damages, so that effectively defends them to human dignity, fulfilling the function promotion of the human in the infraconstitutional plane, notably based on civil liability, rather than the ideology of the eighteenth century by encodings which such office would review the property aspects and in the restricted plan of the subjects to polarize the damaging event.

Keywords: Civil Liability. Moral Damage. – Constitutionalization of Civil Law. Copy-Deterrent Nature of Compensation.

* Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular de Direito Civil e de Direito do Consumidor das Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU*, Membro do Ministério Público em São Paulo.

** Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU*, Congressista dos 8º e 9º Congresso Nacional de Iniciação Científica Nacional/CONIC.

*** Graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU*, Congressista do 9º Congresso Nacional de Iniciação Científica Nacional/CONIC.

1. Do Direito Civil Oitocentista à Constitucionalização do Direito Civil no Brasil

As codificações datadas a partir do século XVIII, dentre as quais estão inseridas o Código Napoleão e o Código Beviláqua (Código Civil de 1916), representam ordenamentos jurídicos altamente influenciados pelos ideais liberais da Revolução Francesa, que acabaram por se atentar demasiadamente com os interesses *individuais* da pessoa humana, até como consequência do momento histórico vivenciado.¹

Desencadeou-se com isso, uma visão individualista do direito privado que tratava a pessoa como sujeito singular, livre e igual, sem vínculos sociais e dona de si mesma.²

Por isso, pressupunha-se, erroneamente, que todos eram iguais (*igualdade formal*), assegurando-se excessivamente, por exemplo, o direito de propriedade e de liberdade para contratar, quando, entretanto, no mais das vezes muitos sequer detinham bens para exercer o primeiro direito sob comento e, ainda, que a desigualdade *material* entre as partes contratantes, simplesmente tolhia a autonomia da vontade, mistificando uma falsa liberdade.³

¹ Trata-se do momento histórico de derrocado do sistema absolutista e feudal em que surge uma nova classe dominante, a burguesia que se ampara cegamente no liberalismo econômico e no capitalismo, repudiando a interferência do Estado na vida do cidadão, a ponto de primar absolutamente pelos direitos individuais da pessoa humana, o que transparece nas ordenações jurídicas daquela época.

² AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 7. ed., p. 156.

³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 3. ed., p. 2: “O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e

Era o auge dos códigos *oitocentistas*, que afastavam do centro da análise jurídica a pessoa humana,⁴ centralizando os aspectos de ordem patrimonial, fruto do liberalismo clássico, maior expressão do pensamento burguês daquela época.

Nesse sentido, importante observar que as codificações oitocentistas foram o ápice daquele momento *iluminado*, pois o que se pretendia com a sistematização do direito privado era assegurar justamente aquela ideologia vencedora.⁵

Imperava com isto o verdadeiro formalismo jurídico, adotando-se uma tipologia fechada, passando-se muito longe das atuais cláusulas gerais abertas, bem como de um ordenamento em que prevalecesse uma ordem principiológica. Ao revés, reinavam as típicas normas-regras em que a escola da exegese triunfava.

Não foi a toa que receberam a denominação de Constituições do Direito Civil, já que representava uma espécie de ordenamento supremo que regulara, até certo momento, *soberanamente* o direito privado.

Mostrava-se, aliás, aquela altura clara a dicotomia existente entre o Direito Público e Privado, vez que o último era autossuficiente para aquela época, expressando, como dito, todos os valores da ideologia individualista predominante, tornando-o impermeável a

personalidade, sem restrições ou entraves legais, Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código de 1916.”

⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4: “De fato, a codificação brasileira de 1916 destaca cerca de dois terços de seus dispositivos para regular questões de ordem patrimonial, dando-lhes maior destaque e preferindo a opção burguesa característica da época em que foi concebida.”

⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 3. ed., p. 3: “Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marca as codificações do século XIX e, portanto o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como “o mundo da segurança”. Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina banalizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.”

qualquer conotação pública que pudesse inserir o sujeito de direitos em um contexto social, sob pena de se contrapor a apontada idéia de singularidade.

Enquanto que o Direito Público, ao regular as relações jurídicas entre indivíduo e Estado, o fazia de tal maneira que adentrava sobre questões de ordem coletiva, como eram, por exemplo, as questões de ordem econômica, revelando mesmo que de forma tímida uma conotação social do Direito.

Por isso, os valores estabelecidos nas Cartas Constitucionais daquela época em nada impregnavam nas relações jurídicas privadas, pois caso contrário afrontar-se-ia a tão almejada estabilidade das relações jurídicas, o que era representado pelo seu grau de certeza imune a qualquer conotação coletiva ou institucional.⁶

Ocorre que, a história⁷ e os reclamos da sociedade acabaram por evidenciar que se fazia necessário modificar esta filosofia individualista, pois, como dito, não concretizavam a igualdade material, a qual, vale dizer, deriva dos próprios ideais da Revolução Francesa, quais sejam, a igualdade e a fraternidade.

Dá-se o começo, assim, da transição do Estado liberal, do Estado capitalista colonial, do Estado burguês, em que se fundavam os ordenamentos *oitocentistas* para o Estado Social do Direito.⁸

Seguindo esta linha, o Direito Civil também iniciou uma fase transitória que, como bem denominado por Ricardo Luis Lorenzetti,⁹ vai do *subjetivismo* ao Direito

Civil *Institucional* que visa “um esforço de otimização adjudicando de modo mais satisfatório possível a maior quantidade de pessoas em forma igualitária”.¹⁰

Este esforço resultou o fenômeno da descodificação¹¹ que consistiu na atuação incessante do legislador ordinário, a fim de que existissem normas aptas para concretizar a nova ideologia de despatrimonialização¹² do Direito Civil, porque, como dito, a tipologia fechada (*estabilidade*) das ordenações *oitocentistas* não permitia tal prática.

Outrossim, a sociedade deparava-se com fatos jurídicos que não encontravam previsão legal, ante as modificações sociais e econômicas (*fattispecie*), fazendo-se necessárias novas leis, para novas situações jurídicas.¹³

Nessa mesma toada, percebe-se que o Estado começa a intervir nas relações jurídicas privadas (*Estado Social de Direito*). Surge o dirigismo contratual; leis especiais que regulam todo um instituto anteriormente abordado pelo Código Civil, mas que lhes emprestam uma conotação diferente, algo, como já mencionado, de cunho institucional, pois se adéqua melhor às profundas modificações socioeconômicas,¹⁴ o campo da

¹⁰ LORENZETTI. Ob. cit. P. 81

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. p. 4: “O Estado legislador movimenta-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineando pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava debelar.

¹² LISBOA, Roberto Senise. Ob. cit. p. 11: “Há uma despatrimonialização do direito privado, colocando-se a proteção da pessoa no centro da análise jurídica. Não que o direito privado deixe de tratar do elemento objetivo da relação. Não há relação jurídica sem objeto, ainda que incorpóreo. O patrimônio continua tendo importância, porém não pode infirmar a dignidade da pessoa humana”

¹³ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 202. “Os códigos oitocentistas, como sistemas rígidos e fechados, impermeáveis às modificações econômicas e sociais, não têm mais lugar na sociedade hodierna.”

¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46: “E, por isso, as tentativas de recodificação foram substituídas por reformas gerais,

⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Org. Luís Barrosa. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 129.

⁷ A Revolução Industrial um dos pilares do liberalismo clássico é a melhor amostra da desigualdade social que se refletia nas relações jurídicas privadas, como era do empregador com o empregado, quando este se submetia às condições sub-humanas, a fim de adquirir os recursos financeiros necessários para sua sobrevivência; mais uma vez estampa-se, destarte, a falsa igualdade e a autonomia da vontade.

⁸ Paulo Bonavides trata bem desta evolução em sua obra: **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Malheiros: São Paulo, 2004.

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamento do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 83/84.

responsabilidade civil agora dá vias de uma justiça distributiva, o mesmo não se funda mais no sistema absoluto da culpa, ganha espaço a *responsabilidade objetiva*.

Tais aspectos são amostras de que o Direito Civil sofre uma evolução, que vai de uma visão patrimonialista a uma ótica voltada para a dignidade da pessoa humana, expressada timidamente pela busca de uma igualdade material entre os sujeitos de direito.

Pois bem. Ocorre que, com o inchaço das referidas legislações emergenciais, na busca desesperada pela despatrimonialização do Direito Civil, instaurou-se a era dos microssistemas, a era dos estatutos, em que o Código Civil perde a sua qualidade de Constituição do Direito Privado.

Agora no universo jurídico¹⁵ privado coexistem com o Código Civil e de Processo Civil leis especiais¹⁶ que subtraem dele

porém localizadas e paulatinas. Entre nós, o mesmo fenômeno sucedeu, pois o Código Civil de 1916 (ou melhor, o que sobrou dele) sofreu inúmeras modificações com a entrada em vigor de leis específicas sobre matérias por ele até então determinadas. A pseudo-igualdade e a liberdade formal existente entre as partes e tão decantada pelo liberalismo clássico, embora inspiradoras do sistema, acabaram por soçobrar diante das alterações socioeconômicas que obstaculizaram o conservadorismo e o estaticismo impregnado nas codificações”.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 45: “A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criam-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não incide diretamente sobre eles. Pode-se, também referir a famosa imagem empregada por Wittgenstein aplicada ao Direito, segundo o qual, o Código é o centro antigo da cidade, a que se acrescentam novos subúrbios, com seus próprios centros e características de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros; vai-se ao centro de quando em quando para contemplar relíquias históricas.”

¹⁶ Exemplificativamente pode-se citar: o Dec. 2.681 de 1912 – responsabilidade civil das estradas de ferro; o Dec. lei 1.027 de 1939 – compra e venda com reserva de domínio; o Dec. lei 3.365 de 1941 – desapropriação por utilidade pública; a Lei 4.132 de 1962 – desapropriação por interesse social; a Lei 4.591 de 1964 - o condomínio predial e a incorporação imobiliária; a Lei 6.453 de 1977 – responsabilidade civil por danos nucleares; a Lei 6.515 de 1977 – separação e divórcio; a Lei 6.938 de 1981 – responsabilidade civil por danos ambientais; a Lei 8.009 de 1990 – impenhorabilidade do bem de família; a Lei 8.069 de 1990 – proteção da criança e do adolescente; a Lei 8.078 de 1990 – relações jurídicas de

determinados institutos, regulando-os integralmente, inclusive prevendo, até mesmo, regras de cunho material (*ex vi*: o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 –, a Lei de Locações – Lei nº 8.245/91).

Desta forma, já não existe aquela unidade, aquela estabilidade das relações jurídicas privadas, pois, por vezes os estatutos ou microssistemas contradizem o Código Civil, restando este, portanto, fragmentado.¹⁷

Neste contexto, torna-se necessário integrar todo o ordenamento jurídico, empregando-lhe coerência, isto é, unidade, que é uma qualidade intrínseca de qualquer sistema.

O caminho encontrado são as Constituições, pois se foram elas que acentuaram o próprio fenômeno da descodificação, ao estabelecer programaticamente certas “metas”, que instigaram a atividade do legislador ordinário, deve-se, assim, por ser de rigor, buscar no cerne desta causa as suas diretrizes fundamentais.

Por coincidência ou não o Direito Constitucional também sofreu relevantes modificações, as quais acabaram por, oportunamente, corroborar com a nova ideologia de despatrimonialização do Direito Civil, bem como por se apresentar como meio apto para a tão almejada unidade do sistema.

O ponto de partida desta transformação é o reconhecimento normativo das Constituições, não as visualizando mais apenas como uma carta política direcionada ao

consumo; a Lei 8.971 de 1994 – direito dos companheiros à alimentos e à sucessão; a Lei 9.263 de 1996 – planejamento familiar; a Lei 9.307 de 1996 – arbitragem; a Lei 9.610 de 1998 – direitos autorais

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001, p. 4: “Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não poderia palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos (...) Todas essas circunstâncias, ao corroborarem, definitivamente, o ocaso da chamada era da segurança, própria do século passado, indicam tempos marcados por um equilíbrio assaz delicado de fontes normativas; e pela necessidade, daí decorrente, de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos.”

legislador, o qual por sua atuação é que efetivava as normas programáticas constitucionais.

Isto se deu precipuamente a partir do momento que as Constituições começaram a açambarcar sobre matérias e institutos que antes eram estranhos ao Direito Constitucional, o que adveio após a 2ª guerra Mundial, com as constituições rígidas, que asseguravam em seu corpo os denominados direitos fundamentais que escapavam a sua aplicação sobre todo o ordenamento.

Logo, neste momento, de forma contumaz, as Constituições passaram a ter força normativa, pois dispunham sobre normas que não necessitavam mais da intervenção do legislador para ter eficácia ou validade no ordenamento, de tal modo que, tem-se com isso a eficácia direta e imediata das normas constitucionais.¹⁸

Trata-se do princípio, hoje tão difundido, da supremacia das Constituições, pelo qual esta “espargue sua força normativa em todos os segmentos do ordenamento jurídico”,¹⁹ “com vistas a atribuir eficácia ao texto maior”.²⁰

Veja, exemplificativamente, a Constituição Brasileira de 1988, que trata dos institutos da propriedade, da previsão expressa da indenização por danos morais, da estrutura familiar; assuntos esses que eram tão somente abordados pelo Direito Civil e que, uma vez elencados em nossa lei maior, passou a obrigar que todo o ordenamento se adequasse às suas previsões.

Aliás, é com o advento da nossa Constituição atual que no Brasil reconhece-se a força normativa da Constituição, o que muito antes já era objeto de análise no Direito Comparado.²¹

¹⁸ Atualmente tem-se muito discutido quais seriam os limites da aplicação direta e imediata das normas constitucionais, notadamente os direitos fundamentais em sede das relações privadas, o que é abordado com grande tecnicidade na obra coordenada pelo professor Luís Roberto Barroso. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. P. 56

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. p. 22-23. Expressa que sobreveio à 2ª. Guerra

A constituição de 1988 traz para ela o centro da análise jurídica, irradiando suas normas e valores axiológicos sobre todo o sistema jurídico, confirmando sua supremacia material e não apenas formal.

Trata-se do que foi denominado pela doutrina de Neoconstitucionalismo, pelo qual todo o ordenamento jurídico deve obediência à Constituição, sendo esta o vetor de aplicação da ciência jurídica, isto é, a base hermenêutica para aplicação de qualquer norma-regra ou norma-princípio.²²

Neste contexto, tornou-se imprescindível que o Direito Civil seja aplicado à luz da legalidade constitucional, pois só assim será alcançada a unidade do ordenamento, conforme ensinou com pioneirismo Pietro Perlingieri.²³

Mundial, nos países como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha o reconhecimento da força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório das Constituições. Enquanto que o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências, pois padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Foi assim, apenas com o advento da Constituição de 1988 que as normas constitucionais tiveram aplicabilidade direta e imediata, observando o seu mérito elevado de romper com uma posição mais retrógrada.

²² BARROSO, Luis. **A constitucionalização do Direito e o Direito Civil**. In *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 254: “Em suma: A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia forma e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”

²³ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 205: “O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do ordenamento jurídico, a componente racional-normativa. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento. A normatividade constitui seu caráter fundamental da juridicidade e não somente o dever-ser, mas também o dever-fazer está

Sobretudo, quando se tem vista o atual Código Civil Brasileiro, que ao utilizar-se das cláusulas gerais,²⁴ elencando conceitos jurídicos indeterminados, proporciona à atividade jurisdicional grande discricionariedade, uma vez que não estará limitada à pura exegese de norma-regra, o que poderia ensejar inúmeras disparidades em sua aplicação, se prevalecesse o subjetivismo do magistrado em detrimento dos valores estampados pela constituição, os quais devem preencher os referidos conceitos “vagos”.²⁵

Nessa senda, oportuno observar que, o novo Código Civil não revogou as leis emergenciais oriundas do mencionado fenômeno da descodificação, pois ainda assim tal legislação especial derroga, na maioria das vezes, as normas gerais da nova codificação civil.

Portanto, a constitucionalização do Direito Civil serve também para dar unidade ao Direito Civil fragmentado oriundo do apontado fenômeno da descodificação.

Por isso, faz-se de rigor que na interpretação e na aplicação do Direito Civil seja concretizada a tábua axiológica da nossa Lei Maior, notadamente os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil estampados no primeiro título da Constituição de 1988.

presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento.”

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no código civil**. Apontamentos Gerais. Ives Gandra da Silva (coord). O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTR. p. 408: “são normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz”.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional. P. 25: “Há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só as cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo codificado um significado coerente com a tábua de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e justiça social.”

Assim é que a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal) devem ser premissas do Direito Civil atual, acabando por fulminar a sua visão patrimonialista e individualista.

Destarte, a constitucionalização do Direito Civil confirma a sua despatrimonialização, pois agora é a dignidade da pessoa humana que passa a ser o centro da análise jurídica, de modo que, quando da aplicação dos direitos subjetivos, sempre que possível deve-se promover a justiça social e a construção de uma sociedade solidária, repudiando-se o individualismo.²⁶

Mas, de que modo a Responsabilidade Civil pode garantir a dignidade da pessoa humana? Como o instituto da indenização concretizará a justiça social? É possível na fixação do dano moral promover os apontados princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, construindo uma sociedade justa e solidária? Deve prevalecer algum critério quantificador das indenizações por danos morais para tanto? A fixação do dano moral na perspectiva constitucional é premissa para ratificar a nova ótica de despatrimonialização do Direito Civil?

As respostas à tais indagações são o objeto do presente trabalho, mas antes de respondê-las, vale tecer breves considerações sobre a fixação da indenização por danos morais, abstendo-se, entretanto, de conceituá-lo por escapar ao objeto da metodologia proposta, para, por fim, concluirmos a respeito da fixação do dano moral na perspectiva constitucional.

²⁶ LÔBO, Paulo. **A constitucionalização do Direito Civil**. In Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20: “Os civilistas, finalmente, conheceram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico de interesses privados e valorização do individualismo”

2. A Fixação das Indenizações por Danos Extrapatrimoniais

O ordenamento civil brasileiro não regulamentou os critérios da fixação do dano moral e, diante dessa falta, a doutrina dividiu-se em inúmeras correntes elencando critérios e funções diversas para o arbitramento da condenação.

Em um primeiro momento, os tribunais utilizaram os critérios estabelecidos pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62); este trazia parâmetros para a fixação do dano moral, devendo ser fixado entre cinco e cem salários mínimos, a depender das circunstâncias e até mesmo do grau de culpabilidade do agente.

Após a sua revogação, passou-se a utilizar a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), que trazia o *teto* de indenização de duzentos salários mínimos, superior ao Código Brasileiro de Telecomunicações.

Por muito tempo esses tetos nortearam o arbitramento das indenizações em geral, mas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esses parâmetros não puderam ser mais utilizados, já que não fora previsto um *tabelamento* para a fixação das indenizações por danos morais.

Muito embora não haja um tabelamento, algumas recomendações presentes na antiga Lei de Imprensa ainda são utilizadas pelos magistrados na generalidade dos casos, fixando-se o dano moral com base na situação econômica do lesado, a intensidade do sofrimento, o grau de culpa, a situação econômica do ofensor; a gravidade e a repercussão da ofensa e, por fim, as circunstâncias que envolveram os fatos.

Além de divergir quanto aos critérios de fixação do dano moral, a doutrina também se posicionou de maneira diversa quanto à função da condenação; a **teoria da função compensatória**, adotada por Humberto Theodoro Junior, preceitua que não deve existir um caráter punitivo na fixação da reparação,²⁷ o caráter punitivo é exclusivo do

Estado que atuaria somente na esfera da responsabilidade penal.

Esta teoria defende o distanciamento entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil; a responsabilidade penal teria por objetivo punir o infrator, enquanto que responsabilidade civil visaria, tão somente, ressarcir a vítima do evento danoso.

Como reforço a essa tese, cita-se a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XXXIX, concluindo que as penas só podem ser aplicadas com prévia cominação legal. Além disso, a citada corrente doutrinária baseia-se no argumento de que função punitiva esbarraria no *non bis in idem*; se a condenação civil possuísse caráter punitivo estar-se-ia aplicando duas vezes uma pena, uma na esfera civil e outra na esfera penal.

A responsabilidade civil, então, não teria caráter de vingança ou de punição, mas, apenas de reparação, com o objetivo, tão somente, de reparar as perdas e danos.

Por outro lado, dissonante de desiderato único compensatório das indenizações por danos morais, há a **teoria do caráter dúplice da indenização**.

Caio Mário da Silva Pereira, posicionou-se a favor de um caráter punitivo e de um caráter ressarcitório para a condenação.²⁸

Caráter punitivo, pois o causador do dano deve ser “castigado” pela ofensa que praticou e caráter ressarcitório para a vítima, que receberá através da condenação uma soma que proporcione prazeres como contrapartida ao dano sofrido, daí se dizer que a indenização apenas compensa o dano extrapatrimonial.

Vale ressaltar o posicionamento de Sérgio Severo,²⁹ ao dizer que, essa teoria faz

privada, esta é essencialmente de ordem pública” **Dano Moral**, 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

²⁸ “o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o “caráter ressarcitório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido” **Responsabilidade civil**. Edição Eletrônica, Rio: Forense, 2001.

²⁹ “a teoria da dupla natureza (satisfação-prevenção) ganha em todos os aspectos (pois), abre o compasso e permite que os danos extrapatrimoniais encontrem um tratamento jurídico mais adequado.” **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.205.

²⁷ “ nada mais equivocado e distanciado do sistema constitucional pátrio. Entre nós, a responsabilidade civil não pode confundir-se com a responsabilidade penal, porque enquanto aquela é estritamente de ordem

uma junção das teorias punitivas e reparatórias, o que permitiria que os danos extrapatrimoniais recebessem um tratamento jurídico mais adequado.

Há ainda entendimentos a favor da **função exemplar e desestimulante da sentença**, tendo sido estes fundamentados na *exemplary damages*,³⁰ cuja origem remonta ao direito norte-americano.

Esse entendimento norte-americano baseia-se na teoria da *punitive damages*, consistindo na soma em dinheiro conferida ao autor, com valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista não somente a reparação, mas sim a dupla finalidade da punição.

O ofensor recebe, portanto, uma pena exemplar, servindo como parâmetro para a sociedade.

Carlos Alberto Bittar,³¹ defensor da técnica do valor do desestímulo, trata este como um meio inibitório à novas práticas lesivas.³² Trata-se, pois, de um valor exemplar que, atingindo o patrimônio do lesante, faz com que este se conscientize e não persista na conduta reprimida. Além disso, deixa para a coletividade um exemplo expressivo da reação jurídica imposta aos infratores.

Consubstancia-se, assim, no ponto de equilíbrio entre o caráter punitivo e ressarcitório do dano moral, protegendo a

³⁰ “consiste na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição” COSTA, Judith Martins e PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (*Punitive damages* e o Direito Brasileiro)**, p. 16.

³¹ “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo” Ob. Cit., p.220.

³² “fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo e em elemento que, em nosso tempo, tem-se mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.” **Reparação civil por danos morais**, p. 280.

vítima e, por outro lado, aplicando ao ofensor uma pena exemplar para que este reflita sobre sua conduta e, sobremaneira, nela não persista.

Posteriormente, é o momento de fixar o *quantum* indenizatório.

No ordenamento jurídico brasileiro não há a previsão de uma *tarifação* que sirva de critério para que seja pré-fixado o *quantum* das indenizações.

Carlos Roberto Gonçalves traz a seguinte crítica a esse critério:

o inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as conseqüências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.³³

No entanto, predomina no ordenamento jurídico brasileiro o critério do *arbitramento* pelo juiz, cabendo a ao magistrado a fixação do *quantum* indenizatório³⁴.

A doutrina elenca critérios que devem ser tidos como base para o magistrado na fixação do *quantum* indenizatório.

Humberto Theodoro Junior elenca como critério de fixação, o nível econômico do ofensor e do ofendido.

Esses relevantes dados são utilizados para se aproximar de um arbitramento prudente e equitativo. Visa-se não apenas ressarcir a vítima, mas, também, não impor ao ofensor uma quantia que ultrapasse sua condição econômica e cause a este um problema ainda maior.³⁵

³³ Ob. Cit. p.379.

³⁴ Vale ressaltar o sábio posicionamento do professor Jorge S. Fujita ao dizer que “a estipulação da quantia a ser objeto de indenização pecuniária competirá ao magistrado, dentro do seu bom senso e critério” e ainda, “se não houver uma forma legal para a reparação, poderá o juiz nomear exame pericial, a fim de que se apure o *quantum*”. **Responsabilidade Civil**. Apostilas do curso de pós graduação da UniFMU, São Paulo:2002.

³⁵ “não se deve impor uma indenização que ultrapasse, evidentemente, a capacidade econômica do agente, levando-o à ruína. Se a função da reparação do dano moral é o restabelecimento do “equilíbrio na relações privadas”, a meta não seria alcançada, quando a

Ao passo que, Carlos Roberto Gonçalves além de elencar a situação patrimonial das partes como critério de fixação, traz também outros, como as circunstâncias do caso, a gravidade do dano e a ideia de sancionamento ao lesado, aproximando-se da ideia de sanção ao lesado, que está presente na doutrina norte-americana do *punitive damages*.

O doutrinador traz, outrossim, uma segunda ideia:

(...) deve-se considerar como agravante o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. A ausência de eventual vantagem, porém, não o isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido. Aduza-se que notoriedade e fama deste constituem fator relevante na determinação da reparação, em razão da maior repercussão do dano moral, influenciando na exacerbação do quantum da indenização.³⁶

O maior defensor da técnica do desestímulo, Carlos Alberto Bittar, também trata do tema ao lecionar que “parece-nos de bom alvitre analisar, primeiro, a) a repercussão na esfera do lesado, depois, b) o potencial econômico social do lesante e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: a compensação a um e sancionamento a outro.”³⁷

Ainda, observa-se que, Maria Helena Diniz propõe algumas regras a serem seguidas pelo magistrado a fim de atingir a homogeneidade pecuniária na fixação do dano moral, sendo elas:

a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto a vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna

permitiria suportar o excedente do menoscabo;

b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;

c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;

d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;

e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva;

f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;

g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;

h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;

i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;

j) basear-se em prova firme e convincente do dano;

k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;

l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;

m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso sub judice (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade³⁸.

Elencadas, portanto, algumas das teorias doutrinárias para a fixação dos danos extrapatrimoniais, agora, passa-se a discorrer sobre a prevalência do caráter desestimulatório e exemplar da condenação, objeto central do presente trabalho.

reparação desse consolo espiritual à vítima fosse à custa da desgraça imposta ao agente.” Ob. Cit. p. 40.

³⁶ Ob. Cit. p. 380.

³⁷ Ob. Cit. p. 284.

³⁸ **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1984 e 2002, p. 266 e 267, respectivamente.

3. Da Prevalência do Caráter Desestimulatório e Exemplar: Premissa que se Faz Necessária para a Fixação do Dano Moral na Perspectiva Constitucional

Discorreu-se ao longo do capítulo primeiro sobre o que atualmente ganhou corpo na doutrina civilista, que é a Constitucionalização do Direito Civil, enumerando-se ao final algumas questões de como seria possível o instituto da indenização por danos morais concretizar referido fenômeno.

Ao longo do segundo capítulo teceram-se, de maneira breve, considerações sobre a fixação e a função da indenização por dano moral, para agora fundir-se o raciocínio expressado ao logo dos mencionados capítulos.

Pois bem, de plano deve-se atentar para o fato de que a jurisprudência brasileira majoritariamente tem colocado em pé de igualdade os critérios quantificadores do dano moral, notadamente o princípio do enriquecimento sem causa e o caráter desestimulatório.

Tais critérios confrontam-se à medida que a indenização não pode ser fixada em valores mais elevados, cumprindo a sua função de desestímulo frente ao agente causador, sob a fundamentação de que se enriqueceria sem causa a vítima.

Isto, no mais das vezes, portanto, acaba por ensejar indenizações irrisórias frente ao agente causador do evento danoso, o que pode ser extraído em uma pesquisa supérflua nos tribunais brasileiros, nas ações que envolvem companhias de convênio médico, instituições financeiras, bem como outros inúmeros casos nos quais aquele que praticou o ato ilícito tem uma condição econômica exorbitante.

Ao observarem-se tais casos há a certeza de que a indenização não observou a sua função de exemplaridade e muito menos de desestímulo, continuando a sociedade refém daquele que transgrediu a ordem jurídica.

Verifica-se, com maior clareza o desdém do agente causador, no caso das pessoas jurídicas prestadoras de serviços, pois talvez haja para elas um melhor custo benefício em se submeter às condenações irrisórias do que

se reestruturar completamente, a fim de prestar serviços que não proporcionem risco à sociedade; é o que se denominou de *análise econômica do ilícito*.

Isto fica evidenciado pela existência de milhares de ações indenizatórias promovidas em face destes grandes prestadores de serviços, as quais abarrotam nosso sistema judiciário.

Assim, pela apontada casuística resta completamente tolhido o caráter desestimulatório, e aí surgem algumas indagações, tais como: será que o instituto da indenização não estaria cumprindo uma das funções precípua do Direito que é justamente a pacificação social e, por conseguinte, não estaria concretizando a dignidade humana da sociedade, de modo a acabar, por via oblíqua, a convir com o transgressor da ordem jurídica?

Sem dúvida o perfil atual da responsabilidade civil está aquém de concretizar que na República Federativa do Brasil os jurisdicionados primem pelo respeito absoluto à dignidade da pessoa humana de seus iguais.

Seria a hora de repensar a forma de aplicação dos critérios quantificadores da indenização por dano moral? Seria o momento de primar por um papel de maior prevenção e, por conseqüência, de uma maior conotação social, e não apenas individual?

De fato, quando se pensa na constitucionalização do direito civil, sem sombra de dúvidas a Responsabilidade Civil deve-se afastar de sua ótica tradicional, que se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direito subjetivos patrimoniais, para ter uma finalidade maior, que abranja toda sociedade, observando os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, os quais modificam decisivamente o sistema do dever de indenizar.³⁹

³⁹ DE MORAES, Maria de Celina de Bodin. **Perspectivas a partir do direito civil-constitucional**. In Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33: “A constitucionalização do direito civil explica esta transformação: princípios que normalmente era alheio ao surgimento da obrigação de indenizar foram incorporados à definição do regime da reparação civil. Se a responsabilidade civil tradicional se baseava

Sob este prisma ganha corpo a função do desestímulo das indenizações, pois, estar-se-ia assegurando o “patrimônio extrapatrimonial” de toda sociedade, em razão das indenizações cumprirem um papel de maior prevenção, o que alcança, vale dizer, toda coletividade e não apenas o indivíduo lesado.

Neste mesmo sentido é a outra face da moeda,⁴⁰ qual seja, o caráter exemplar das indenizações que também detém sua função, digamos social, à medida que demonstra para toda a sociedade a repressão que cairá sobre o ofensor que transgrediu a ordem jurídica.

Percebe-se que, afasta-se da visão fechada individualista das codificações oitocentistas, podendo até se falar na concretização de uma justiça social, já que a indenização cumprindo a sua função de desestímulo alcança uma justiça para a sociedade como um todo.

Neste diapasão, por via reflexa, constrói-se uma sociedade justa e solidária, pois por mais que a indenização, com dito, esteja ligada a um direito subjetivo clássico, será meio apto e adequado a abranger a dignidade da pessoa humana de forma difusa.

Por isso, rejeita-se apenas o caráter simplista compensatório das indenizações, que é a finalidade tradicional do perfil do ressarcimento do dano, almejando atribuir à responsabilidade civil a incumbência do desenvolvimento pleno dos direitos da personalidade da sociedade, o que passa de forma imprescindível por seu escopo de prevenção.⁴¹

exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva modificaram decisivamente a sistemática do dever de ressarcir.”

⁴⁰ A função exemplar e o caráter desestimulatório caminham juntos, pois um deve refletir na sociedade e o outro no ofensor, uma vez que de nada adiantaria desestimular o transgressor da norma se para a sociedade não surtisse o mesmo efeito educativo. O fator do desestímulo é imediato, já o caráter exemplar visa a posteridade e a preservação de um todo social. São, portanto, as faces de uma mesma moeda, ligados para complementar suas respectivas funções, visando sempre o bem social.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 767: “Logo não é correto negar tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações enquanto não representariam direitos ou

O próprio critério do enriquecimento sem causa está ligado a uma visão patrimonialista do direito civil em que primeiro se observam os efeitos relativos à ordem patrimonial, ao invés de observar os efeitos erigidos sobre a pessoa humana, ora sujeito de direitos, quiçá à coletividade ou a sociedade.

Assim, o óbice às indenizações mais elevadas está consubstanciado por uma visão, diga-se, simplista que se preocupa com as complicações patrimoniais, bem como nos efeitos produzidos, tão somente, entre as partes que polarizam o evento danoso.

Por isso, a prevalência do caráter exemplar-desestimulatório das indenizações deve prevalecer relativamente aos outros critérios fixadores da indenização por dano moral, especificamente o do enriquecimento sem causa, pois é com esta iniciativa que será concretizada uma sociedade pautada pela observância da dignidade da pessoa humana em que se busca, acima de tudo, quando da aplicação das indenizações, garantir o desenvolvimento pleno da sociedade, e não apenas preocupar-se com a ordem individual do lesado e com os aspectos patrimoniais da indenização, o que, por fim, ratifica a despatrimonialização e o *status* social do Direito Civil.

Não é por outra razão que Pietro Perilingieri elenca a tutela da pessoa humana como um princípio de ordem pública, razão pela qual

na hipótese de violação das situações que dizem respeito à pessoa, por parte de terceiro ou da coletividade, o titular não pode ser considerado livre, em via arbitrária ou exclusiva, de exercer meios de tutela, ainda que sejam processuais. É importante não apenas o interesse titular, mas também de forma paralela e por vezes conflitual, um interesse à realização da pessoa. De tal forma se explica este interesse no terceiro, por vezes um ofício público ou de direito civil, até

interesses substanciais. A Tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais”

mesmo na hipótese de inércia do interessado.⁴²

É sem dúvida uma via de duas mãos, pela qual o interesse público não só prima pela proteção do indivíduo lesado, como também, quando do restabelecimento da ordem jurídica, busca ver erradicada nova hipótese de lesão à qualquer outra pessoa.

Assim, o caráter desestimulatório deve figurar em todas as indenizações por danos morais, sendo que a sua dosagem deve subsumir-se a alguns aspectos.

Deve-se, primeiramente, verificar em que medida merece ser reprovada a conduta transgressora da ordem jurídica, verificando-se se o agente agia com dolo, se houve culpa leve, levíssima, enfim, em qual grau o autor afrontou com mais reprovabilidade os direitos da personalidade da vítima, o que irá expressar sua possível reincidência para com outros jurisdicionados, para exigir-se, assim, uma maior contundência do caráter educativo da indenização.

Por conseguinte, deve-se lembrar que a indenização não pode levar à ruína o agente causador do evento danoso, sendo que sua condição socioeconômica determinará qual o *quantum* adequado a cumprir com o caráter desestimulatório, sem que para tanto torne-se inviável, por exemplo, no caso do empresário, o exercício de sua atividade profissional.

A quantificação da indenização encontra, portanto, limites que não deixam ser consubstanciados no princípio da solidariedade social, já que não se pode permitir que, ao mesmo tempo, a indenização de maneira teratológica cumpra seu papel para com a sociedade, deixando em margens de dificuldade o lesante.

Oportuno consignar que, a condição socioeconômica da vítima em nada pode influenciar na fixação da condenação pecuniária, pois os direitos da personalidade de uma pessoa mais abastada não são diferentes do de uma pessoa mais humilde.

Seria o mesmo que dizer que a dignidade de uma pessoa exigiria maior proteção do que a de outra, o que afrontaria indubitavelmente o

princípio da isonomia encartado em nossa Constituição.

Conclui-se, assim, que, os danos à imagem de uma pessoa famosa proporcionam o mesmo evento danoso à personalidade de uma pessoa “comum”.

Com o devido respeito, àqueles que utilizam de tal critério para a fixação do *quantum* indenizatório o fazem de tal maneira apenas pensando nos efeitos do evento danoso para com a vítima.

Neste aspecto convém ressaltar que, eventuais danos estéticos sofridos por uma famosa modelo são os mesmos sofridos por qualquer outra pessoa. Os direitos da personalidade de ambas foram afrontados de igual maneira, sendo indiscutivelmente o mesmo evento danoso de ordem moral.

Reconhece-se, entretanto, que a famosa modelo, por exemplo, não poderá mais exercer sua profissão, o que não ocorreria com qualquer outra pessoa que não necessitasse de sua aparência estética para o exercício de sua profissão.

Percebe-se que, nesta hipótese a problemática cinge-se ao instituto dos lucros cessantes ou do dano estético, sendo estes os institutos adequados para *reparar* o evento danoso suportado pela famosa modelo, o que, entretanto, não pode recair na órbita do dano moral, eis que, como dito, a dignidade da famosa modelo e de qualquer outra pessoa é a mesma, apesar de gerar para a primeira um prejuízo maior de ordem *patrimonial*, mas não *extrapatrimonial*, como visto.

Nessa mesma linha de raciocínio, seria incongruente considerar a condição socioeconômica da vítima como uma variável para a fixação de indenizações por danos morais, pois a dignidade da pessoa humana das pessoas menos abastadas é a mesma daquelas menos privilegiadas economicamente.⁴³

⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 769-770.

⁴³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251-252: “Não se deve aceitar a orientação bem disseminada entre nós segundo o qual a *situação da vítima* deve ser também apreciada para os fins de indenização. Por esse critério: a vítima pobre teria menor indenização que a melhor situada economicamente; a vítima comum teria indenização menor que a vítima que se tratar de pessoa pública e notória; a deformidade física causada em mulher

Enfim estas são as premissas necessárias para a fixação adequada do caráter de exemplaridade-desestimulador das indenizações por danos morais, o que deve ser observado, sob pena a condenação pecuniária tornar-se ilógica no que toca aos valores expressados em nossa Constituição Federal.

4. Conclusão

Conclui-se que, a prevalência da função desestimuladora das indenizações por danos morais concretiza os valores constitucionais, corroborando para que a República Federativa do Brasil esteja fundada pelo respeito à dignidade da pessoa humana, bem como pela construção de uma sociedade justa e solidária, pois, tendo as indenizações um maior cunho preventivo, seus efeitos espargem por toda a sociedade, e não apenas na esfera do lesado, devendo-se tal aspecto indenizatório sobrepor-se aos demais, notadamente o do enriquecimento sem causa, a fim de que o instituto da responsabilidade civil norteie-se, primeiramente, pelo respeito à pessoa humana, e não sobre os efeitos patrimoniais advindos de indenizações elevadas que repercutem, tão somente, na esfera das partes que polarizam o evento danoso, sob pena de retornar-se à ideologia das codificações oitocentistas que se baseavam pelos aspectos patrimoniais e do individualismo.

extremamente feia levaria a indenização menor que aquela a ser concedida a mulher bonita; o menor teria indenização inferior ao maior de idade. Sobredito entendimento demonstra-se incoerente com o sentido dado pela pós-modernidade de buscar a *valorização da pessoa*, reconhecendo-se a sua dignidade indistintamente de critérios outros como: a fama, o bom nome, a aparência estética e a idade. Não há pessoa com maior ou menos personalidade jurídica. Esta não mensura apenas se constata. Os direitos da personalidade de uma pessoa não são mais importantes que os de outra. Indenizar com uma quantia superior pessoa que possui mais riqueza só porque ela conseguiu maior riqueza só porque ela conseguiu melhor projeção social ou econômica é absolutamente equivocado, desigual e ofensivo aos ideais da justiça social.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 7. ed.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. IV. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamento do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no código civil. Apontamento Gerais**. Ives Gandra da Silva (coord). O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTR.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Org. Luís Barrosa. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____, Gustavo. **Problemas de Direito Civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.
- _____, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.