

DANO MORAL: INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Janice Pessoa¹
Rafael Baggio Berbicz²

RESUMO: A responsabilidade civil é um tema de grande interesse no campo do direito civil, especialmente no que se refere ao dano moral. Em nosso ordenamento jurídico a aceitação da indenização do dano moral foi amplamente discutida até o seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1988. O presente trabalho propõe-se a discutir o tratamento dado ao dano moral e à sua reparação no ordenamento jurídico pátrio, tendo por objetivo verificar os critérios de fixação de seu *quantum* indenizatório, expondo as correntes doutrinárias sobre a matéria, a natureza jurídica dessa reparação, os modos de reparação aplicáveis a essa espécie de dano, os critérios de avaliação dos mesmos, o tratamento conferido à matéria pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil e pelas legislações especiais. Parte-se da responsabilidade civil e seus pressupostos como alicerce da pacificação social. Verifica-se que o dano moral é caracterizado por uma lesão a interesses não-patrimoniais, considerando-se como tal a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação, avaliados como anormais, e que interfiram no comportamento psicológico do ser humano, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. O enfoque principal foi dado à fixação do montante indenizatório no dano moral, sua mensuração e quantificação, bem como os critérios a serem considerados na determinação do *quantum debeatur*, mencionando uma nova perspectiva para essa quantificação.

ABSTRACT: Civil liability is a topic of great interest in the civil law field, especially with regard to moral damage. In our legal system to accept the compensation of the moral damage has been widely discussed until its recognition by the Constitution of 1988. It is relevant to a discussion of the treatment of the moral damage and its repair in the Brazilian legal system, verifying the criteria for fixing your indemnity quantum, exposing the doctrinal currents on the matter, the legal nature of this repair, the repair modes applicable to this kind of damage, the criteria for evaluation which the treatment given to the matter by the Constitution of 1988, the Civil Code and the special legislation. It starts with the liability and its assumptions as the foundation of social peace. It appears that the moral damage is characterized by injury to non-property interests, considering how such pain, humiliation, suffering or humiliation, evaluated as abnormal, and that interfere with the psychological behavior of human beings, causing it distress, anguish and imbalance in your well-being. The main focus was given to the fixing of the indemnity amount in moral damages, its measurement and quantification, as well as the criteria to be considered in determining the quantum debeatur, citing a new perspective to this quantification.

Palavras-chaves: Dano moral. Responsabilidade civil. Responsabilidade Objetiva. Responsabilidade Subjetiva. Critérios de fixação. Mensuração e quantificação.

¹Advogada, acadêmica do 10º Período do Curso de Direito do Centro Universitário Campos de Andrade, Trabalho de Conclusão de Curso apresentando em banca pública no mês de agosto de 2014.

²Advogado, orientador da acadêmica, mestre em direito e professor do Curso de Direito do Centro Universitário Campos de Andrade.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Keywords: material damage - Liability - Strict liability - Subjective Responsibility - Criteria for determining - measurement and quantification.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Civil é um ramo do Direito Privado destinado a administrar as relações obrigacionais entre os particulares e, dentre essas relações, a responsabilidade civil, que assevera a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem.

Analisando o artigo 186 do Código Civil, extrai-se elementos essenciais para a responsabilidade civil, como a ação ou omissão, a culpa, o nexa causal e o dano. Com a presença destes pressupostos, haverá a obrigação de reparar o prejuízo causado. Essa obrigação de reparabilidade não se limita ao dano material, mas também atinge o dano moral, cujo conteúdo não é pecuniário, nem mensurável em dinheiro.

Analisar a evolução do dano moral ao longo da história do direito brasileiro e como esse instituto vem sendo abordado pelos órgãos jurisdicionais, é de extrema importância face ao caráter essencialmente subjetivo do dano moral, subjetividade que também se reflete no momento em que o juiz analisa a procedência do pedido, bem como quando da fixação do *quantum* indenizatório.

Pode-se afirmar que, no ordenamento jurídico pátrio, ocorreu uma evolução jurídica que ocasionou a aceitação pacífica de que o dano moral puro deve ser indenizado. A Constituição Federal de 1988³ dispõe expressamente em seu artigo 5º, inciso V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da reparação por dano material, moral ou à imagem”, e em seu inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a reparação pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Não obstante o instituto do dano moral estar consolidado e assegurado pela Constituição Federal, ainda persistem, no campo do seu estudo e aplicabilidade,

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Saraiva de Legislação).

discussões ligadas à sua natureza que necessitam de um consenso, como é o caso da fixação do *quantum debeatur*, o que justifica, portanto, a relevância de um estudo acerca do tema.

A indenização por danos morais encontra seu maior obstáculo na dificuldade de fixação do valor da reparação, pois, diferente do que ocorre com os danos materiais, a dor, o sofrimento, a tristeza, a vergonha, são bens incorpóreos, abstratos, o que impossibilita a atribuição de um valor exato e aritmético que os defina, pois todo e qualquer sentimento que atinja negativamente a personalidade de alguém não tem preço.

Indiscutivelmente, a quantificação dessa modalidade de dano apresenta-se como uma real dificuldade para o magistrado, que no caso vê-se obrigado a fixar um valor indenizatório, de cunho essencialmente subjetivo, utilizando-se de parâmetros próprios, os quais podem ter uma figuração completamente diferente daquela que guiou o autor, quando da formulação do pedido. Assim sendo, o estudo dos critérios adotados pelos magistrados para a fixação do *quantum* indenizatório, bem como suas repercussões é relevante para a análise da inexistência de elementos objetivos para se chegar à quantificação do dano moral.

Dessa forma, as peculiaridades de cada caso deverão ser observadas, como a repercussão do dano na esfera pessoal do lesado, a idade da vítima, sua condição financeira, atuação profissional, etc. Enfim, todos os critérios devem ser observados, no momento da fixação.

Outrossim deverão ser considerados pelos magistrados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, quando da análise das demandas submetidas à sua atividade jurisdicional, formando um conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de proteção aos seus direitos personalíssimos e a prestação jurisdicional aplicada de forma proporcional e razoável.

Entretanto, apesar da admissão do instituto do dano moral no direito positivo, não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer norma constitucional ou infraconstitucional que discipline o *quantum* indenizatório para o seu correto ressarcimento, o que tem causado grande preocupação no mundo jurídico, em virtude do crescimento de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua fixação.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Ainda, não há uma concordância doutrinária ou jurisprudencial sobre a natureza jurídica e a finalidade principal da reparação dos danos morais, dividindo-se os entendimentos entre o caráter meramente punitivo e o caráter dúplice, sendo compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.

Por fim, ante a perplexidade e inexistência de critérios uniformes e definidos para atribuição do *quantum* indenizatório nas demandas que envolvam o instituto do dano moral, a doutrina e jurisprudência têm adotado critérios objetivos com vistas a arbitrar, de forma proporcional e razoável, a reparação por danos morais.

Busca-se analisar os critérios legais utilizados pelos magistrados para apuração do valor das indenizações por dano moral, diante das funções de compensação da vítima, preventiva, pedagógica e punitiva com relação ao ofensor, porquanto a omissão da legislação pátria não pode ser justificativa para a fixação de valores exagerados ou inadequados, fato que pode ocasionar a banalização desse instituto, comprometendo a Segurança Jurídica.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Para um estudo do instituto do dano moral e a problemática da quantificação da sua reparação, é essencial uma abordagem da responsabilidade civil que reveste-se de importância prática e teórica. Sua importância prática está no fato de constituir-se em uma das mais relevantes áreas do direito contemporâneo, além de consistir num elemento essencial à pacificação social. A importância teórica está na sua influência direta no desenvolvimento da doutrina, da legislação e da jurisprudência.

Como ensina o professor Francisco Amaral sobre a responsabilidade civil⁴:

Todos os seus problemas configuram relações jurídicas em que uma das partes sofre um dano e a outra deve repará-lo. Esse conflito de interesses entre o autor do dano e a vítima, que exige a composição do dano injusto, é o problema fundamental da responsabilidade civil.

Com o progresso da técnica e o desenvolvimento da indústria, dos transportes e a aceleração do processo de mudança social, multiplicam-se os prejuízos e as respectivas pretensões de indenização. Cresce o número de relações jurídicas que nascem de fatos lesivos e que têm por objeto uma prestação de ressarcimento.

⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 576.

A palavra *responsabilidade* origina-se do termo *responsável*, que vem do verbo *responder*, do latim *respondere*, que tem o significado: responder, garantir, assegurar, prometer⁵.

O vocábulo *civil* vem do latim *civilis*, relativo a cidadão, à vida pública, adequado a quem vive na cidade, assim considerado o indivíduo que convive em sociedade, que goza de direitos e deveres.

Por conseguinte, reunindo os dois termos, tem-se uma locução jurídica que expressa a tutela ou a garantia de que todo aquele que praticar um ato comissivo ou uma omissão danosa em suas relações sociais, responderá pelos resultados que causou, obrigando-se a reparar os prejuízos causados.

O instituto da responsabilidade civil está ligado à noção de não prejudicar o outro, com aplicação de medidas que obrigam alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

Nas palavras de Rui Stoco⁶:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Como ensina Maria Helena Diniz⁷, hodiernamente, é grande a relevância da responsabilidade civil, por objetivar a reparação do equilíbrio moral e patrimonial desfeito. A perda e a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral geram uma reação legal, que é movida pela ação do autor da lesão ou pelo risco por ele assumido.

Inicialmente, toda ação que fomenta prejuízo gera responsabilidade e dever de indenizar. Sílvio de Salvo Venosa⁸ entende que a palavra “responsabilidade” é utilizada em qualquer situação na qual uma pessoa deva enfrentar as consequências

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114

⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 5.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 4. p.4.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

de um ato, fato ou negócio danoso. Dessa maneira, toda atividade humana pode vir a gerar o dever de indenizar, devendo o estudo da responsabilidade civil abranger todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

O instituto da responsabilidade civil manifesta a prática jurídica de um dos aspectos do personalismo ético, segundo o qual ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as consequências do próprio agir, em correspondência ao poder de ação firmado na autonomia privada, configurando, dessa maneira, o dever ético-jurídico de cumprir uma prestação de ressarcimento⁹.

Tem a natureza de sanção indireta, com função preventiva e restauradora, sendo indireta em virtude de que, na impossibilidade de se restaurar a situação anterior ao evento lesivo, a lei determina a reparação do prejuízo causado; preventiva porque, como toda sanção, destina-se a garantir o respeito à lei e, restauradora no sentido de que, violado o preceito jurídico e configurado o dano, o infrator se obriga a indenizar o lesado. É, destarte e respectivamente, uma sanção e uma garantia de ressarcimento.

A evolução da responsabilidade civil é um processo com início na responsabilidade coletiva, objetiva e penal dos tempos primórdios, indo até a responsabilidade individual, subjetiva e civil dos tempos modernos. Essa responsabilidade tem sido classificada pela doutrina em razão da culpa e em razão da natureza jurídica da norma violada. Em razão da culpa, a responsabilidade é dividida em objetiva e subjetiva. Em razão da natureza, ela pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual.

Se o direito ofendido estiver relacionado a um contrato, a responsabilidade é contratual. Se o direito lesado é absoluto, com a infração de um dever geral de observância, a responsabilidade é extracontratual ou aquiliana. Já se a responsabilidade for fundada na culpa, é subjetiva e se prescinde de culpa é objetiva.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

⁹ AMARAL, Francisco. Op. cit., p 558.

A teoria da responsabilidade civil subjetiva está alicerçada na culpa, no dano e no nexos causal. Assim sendo, a vítima de um dano precisa demonstrar a culpa do ofensor e o nexos causal entre a conduta daquele e o dano, para obter indenização.

Em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade subjetiva está prevista no artigo 186 c/c o artigo 927 do Código Civil¹⁰. Compreende-se dessa forma que, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, tornando-se necessário dois pressupostos: a imputabilidade do agente e a culpa, sendo imputável o agente capaz de responder por uma conduta contrária ao dever, e a culpa sendo o elemento central da responsabilidade civil subjetiva.

A culpa compreende a violação de um dever que o agente deveria conhecer e observar e tem como pressupostos um dever violado e a culpabilidade ou imputabilidade do agente. Dessa forma, culpa é a negligência na observação das normas de conduta, o desprezo do agente em observá-las, com um resultado não intencional, mas com previsibilidade, podendo ser evitado.

Até determinado momento da história, a responsabilidade subjetiva foi suficiente para a resolução de todos os casos de violação de direito que resultasse em dano a outrem. Entretanto, principalmente em função da evolução da sociedade industrial e o aumento dos riscos de acidentes de trabalho, este modelo de responsabilidade, baseado na culpa, não era suficiente para solucionar todos os casos existentes.

Em relação ao tema, Rui Stoco¹¹ afirma que:

A necessidade de maior proteção à vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.

O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.

Nesse contexto, surge a responsabilidade civil objetiva, que prescinde da culpa. A teoria do risco é o fundamento dessa espécie de responsabilidade.

¹⁰ Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹¹ STOCO, Rui. Op. cit. p. 157.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

No entendimento de Sílvio de Salvo Venosa¹²:

O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar os danos causados por ela.

Conforme a relevância dada ou não à culpa do agente, há distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva. A primeira é a clássica, que pressupõe a existência de culpa, sendo adotada pelo Código Civil Brasileiro. A segunda, foi desenvolvida contemporaneamente, dispensa a culpa e baseia-se no princípio da equidade, estabelecendo que aquele que lucra com uma situação responde pelo risco ou desvantagem dela decorrentes.

Conhecida também como responsabilidade legal, a responsabilidade objetiva tem como fundamento a atividade que o agente desenvolve, com a possibilidade do risco de dano para terceiros. É legal por ser imposta por lei, independente de culpa e desenvolveu-se com a teoria do risco, que pressupõe a possibilidade de um perigo decorrente da atividade empresarial.

Dessa forma, o agente que através de sua conduta, criou o risco de produzir dano, tem o dever de repará-lo, mesmo sem a presença da culpa.

Tratando-se de responsabilidade objetiva Maria Helena Diniz nos ensina que¹³:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi comoda, ibi incommoda*). Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros (Código Civil, artigo 927, parágrafo único).

Essa modalidade de responsabilidade civil prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade, para que o agente causador do dano seja obrigado à reparação.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 15.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit p. 52.

O Código Civil brasileiro segue a teoria subjetiva, podendo ser identificada em seu artigo 186 que estabeleceu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Dessa forma, a responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem que haja prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, como disposto no parágrafo único do artigo 927 do mesmo dispositivo legal, bem como em leis esparsas como o Código de Defesa do Consumidor.

Nas relações de consumo a comprovação da culpa é dispensável, sendo suficiente a existência do dano efetivo ao lesado, como pode-se depreender dos artigos da Lei 8.078/90, *in verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos¹⁴.

Dessa forma, infere-se que se o fato que causou o dano for proveniente de relação de consumo, e atingir a parte mais fraca, haverá obrigação da reparação pelo responsável, não havendo necessidade do consumidor apresentar prova da culpa.

Em consonância, dispõe o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor¹⁵:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Sendo assim, o ordenamento jurídico pátrio adota em determinadas hipóteses a responsabilidade objetiva sem deixar entretanto, de considerar como regra a responsabilidade subjetiva. De um lado, tem-se a culpa, e de outro, o risco como alicerce da responsabilidade civil.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

¹⁴ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

¹⁵ *Ibidem*.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Conforme a natureza jurídica do dever violado, a responsabilidade civil pode ser classificada em contratual ou extracontratual, sendo a primeira, aquela em que o dever violado é originado ou de um contrato ou de um negócio jurídico unilateral. Na segunda, a responsabilidade extracontratual, que também é denominada de aquiliana, o dever jurídico violado não está previsto em nenhum contrato, ela tem por fonte deveres jurídicos originados da lei ou do ordenamento jurídico como um todo.

Na responsabilidade contratual, o descumprimento da obrigação pode resultar de fato imputável ao devedor ou ao credor que agir com culpa, como quando ocorre o inadimplemento, retardamento culposos, quando há mora ou cumprimento defeituoso da obrigação, caracterizando a violação de um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.

Para que ocorra a responsabilização é imprescindível a preexistência de uma obrigação, não precisando o contratante provar a culpa do inadimplente, para obter reparação das perdas e danos, basta provar o inadimplemento, sendo o ônus da prova, neste caso, de competência do devedor, que deverá comprovar a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar.

Entretanto, quando a responsabilidade não deriva de contrato, mas de infração ao dever de conduta, que é um dever legal, diz-se que a responsabilidade é extracontratual ou aquiliana e, embora a consequência da infração do dever legal e do dever contratual seja a mesma, ou seja, o dever de indenizar, o Código Civil Brasileiro distingue as duas espécies de responsabilidade, acolhendo a teoria dualista, disciplinando a extracontratual nos artigos 186 e 187, e complementando sua regulamentação nos artigos 927 e seguintes.

Algumas diferenças podem ser apontadas entre essas modalidades de responsabilidade: na responsabilidade contratual, o inadimplemento presume-se culposos, favorecendo o credor lesado que somente está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, sendo presumida a culpa do inadimplente; na extracontratual, ao lesado incumbe o ônus de provar culpa ou dolo do causador do dano; a contratual tem origem na convenção, enquanto a extracontratual vem da inobservância do dever genérico de não lesar a outrem; a capacidade sofre limitações

no campo da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo da extracontratual¹⁶.

Nessa perspectiva, compreende-se que tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual ensejam a mesma consequência jurídica: a obrigação de reparar o dano. Dessa forma, todo aquele que, mediante conduta voluntária, transgredir um dever jurídico, causar dano a outrem, existindo ou não negócio jurídico, deverá repará-lo.

2.3 PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.3.1 Ação ou omissão

De acordo com os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil é o ato voluntário, ou seja, a ação ou a omissão, que ocasiona efeito que contraria o ordenamento jurídico, fazendo surgir a obrigação de reparar o dano. Esse ato deve ser ilícito, entretanto, também pode haver responsabilidade civil decorrente de ato lícito, e por esse motivo, a ilicitude não pode ser elemento geral¹⁷.

O Código Civil Brasileiro estabelece a definição de ato ilícito em seu artigo 186 ao dispor que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ação é o ato humano, voluntário e imputável. Sendo humano, exclui os eventos da natureza. Voluntário, no sentido de ser controlável pela vontade da pessoa à qual se atribui o fato e, imputável, no sentido de poder ser atribuído ao agente a prática do ato¹⁸.

¹⁶ AMARAL, Francisco. Op. Cit., p. 582.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 24.

¹⁸ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 552.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Pode consistir também em omissão, que será causa jurídica do dano se havia dever de agir, de praticar o ato e o agente não o fez, sendo mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações.

Para que ocorra a configuração da responsabilidade por omissão é indispensável que haja o dever jurídico de praticar determinado fato e que se comprove que o dano poderia ser evitado com a sua prática. Podendo esse dever legal de não se omitir ser determinado por lei, resultar de convenção ou da criação de situação especial de perigo.

2.3.2 Dano

A existência de um dano é requisito fundamental para a responsabilidade civil, porquanto não se poderia falar em indenização, nem em ressarcimento, se não existisse o dano.

Conforme o ensinamento de Francisco Amaral¹⁹:

Dano é a lesão a um bem jurídico. Mais propriamente, é o prejuízo decorrente de uma lesão a um bem jurídico, do que nasce uma obrigação de indenizar. Resulta, assim, de uma ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que faz nascer, para o ofendido, o direito a uma indenização.

Segundo Maria Helena Diniz²⁰, “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Para que o dano seja indenizável é necessária à existência da violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica.

O dano pode ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. O primeiro, também conhecido como material, é aquele que causa destruição ou diminuição de

¹⁹ Idem, p. 559.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit p. 64.

um bem de valor econômico. O segundo, que também é chamado de moral, é aquele que afeta um bem que não tem caráter econômico, não é mensurável e não pode retornar ao estado anterior.

Os bens extrapatrimoniais são aqueles inerentes aos direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade moral, física, ou psíquica. E, por essa espécie de bem possuir valor, é muito mais difícil conseguir uma valoração para a sua reparação.

O Código Civil Brasileiro estabelece em seu art. 402 que, salvo as exceções expressamente descritas em lei, compreendem as perdas e danos devidos ao credor, além do que ele em decorrência do dano efetivamente perdeu, o que ele deixou de lucrar.

Deste modo, o dano patrimonial pode ser subdividido em danos emergentes e em lucros cessantes, o primeiro acarreta uma diminuição real no patrimônio do credor e o segundo, priva o credor de um ganho, ou seja, o lucro que este deixa de auferir em decorrência do inadimplemento do devedor, impedindo o aumento de seu patrimônio.

Nessa perspectiva, o dano emergente consiste no real prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, é o que ocorre de imediato, em razão de uma perda concreta do patrimônio da pessoa lesada e, por esse motivo, não há grandes dificuldades para a mensuração da indenização.

O lucro cessante, entretanto, compreende o que a vítima não ganhou em virtude do dano ou, o que ela razoavelmente deixou de lucrar, correspondendo a um prejuízo projetado para o futuro.

Para o conspícuo doutrinador Caio Mário da Silva Pereira²¹:

Normalmente, a apuração da certeza vem ligada à atualidade. O que se exclui de reparação é o dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se.

O problema surge, notadamente, quando o demandante, por sua culpa, priva o defendente de realizar um ganho ou evitar uma perda. Figura-se o fato de uma situação que já é definitiva e que nada modificará; mas por um fato seu o defendente detém o desenvolvimento de uma série de acontecimentos que poderiam oferecer a chance de ganhar ou de perder.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 42.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Geralmente a mensuração do dano não é realizada pelo grau de culpa. A extensão do dano é apurada com base no prejuízo comprovado pela vítima. Todo dano provado deve ser indenizado, qualquer que tenha sido o grau da culpa. Assim preceitua o art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

2.3.3 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado, entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. A caracterização da responsabilidade civil não se dá somente pela prática da conduta ilícita ou pelo dano sofrido pela vítima. É indispensável que o dano tenha sido causado pela conduta lícita ou ilícita do agente e que exista entre ambos uma relação de causa e efeito.

Nessa perspectiva, o nexos de causalidade é requisito essencial para qualquer espécie de responsabilidade, ao contrário do que acontece com a culpa, que não está presente na responsabilidade objetiva.

Conforme se apreende dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves²², se ocorrer o dano, porém sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, inexistente o nexos de causalidade e com isso também a obrigação de indenizar.

O que rompe o nexos de causalidade, afastando do agente a obrigação de indenizar, são as excludentes de responsabilidade civil, como a culpa da vítima, o caso fortuito e a força maior.

No entendimento de Sílvio Venosa²³:

É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade subjetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima que experimentou o dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Deste modo, o nexos de causalidade é a relação através da qual o dano experimentado pela vítima deve estar ligado ao ato lesivo cometido pelo agente, não bastando a simples conduta do ofensor. É preciso que dessa conduta resulte a ofensa

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 381.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 53.

ao bem jurídico, o prejuízo, ou seja, é imprescindível demonstrar que o prejuízo sofrido decorreu da conduta do agente causador do dano.

2.3.4 Culpa

No instituto da responsabilidade civil, a culpa tem um papel essencial, constituindo, juntamente com o dano e o nexo causal, pressupostos da responsabilidade subjetiva.

Numa concepção lato sensu, compreende o dolo, que é um tipo mais grave da culpa, definindo-se como a infração consciente do dever ou a intenção de causar dano a outrem. Já a culpa em sentido estrito refere-se à vontade do agente, que não desejava o resultado, mas este ocorre por falta da observação das determinações legais ou normativas.

Para Mario Corrêa²⁴:

No sentido amplo, a culpa abrange o aspecto da intenção de prejudicar, fazer mal por vontade orientada, vale dizer, implica na aceitação do dolo, mas, no seu verdadeiro sentido, a culpa "stricti júris", se contempla na violação de um dever jurídico preestabelecido, mas sem o intuito deliberado de praticar um mal ao direito alheio, a bem dizer, é culpado sob o prisma de ter procedido sem os elementares cuidados na previsão, com negligência ou imprudência, em ação ou omissão prejudicial ao direito alheio.

Conforme pode-se depreender dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves²⁵, quando o art. 186 do Código Civil faz referência à ação ou omissão voluntária, cogita o dolo e quando menciona a imprudência, a imperícia ou a negligência refere-se à culpa em sentido estrito. O dolo é a violação intencional do dever jurídico. Já a culpa compreende a ausência de diligência do agente.

Cabe aqui citar as palavras do insigne Rui Stoco²⁶ para conceituar a culpa:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa *stricto sensu*.

²⁴ CORRÊA, Mario. **Atos, fatos, negócios jurídicos e bens**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 800.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibidem*. p. 382.

²⁶ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 133.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

O referido dispositivo legal exige que a vítima prove o dolo ou a culpa do agente para que consiga a reparação do dano, demonstrando assim, a adoção pelo ordenamento jurídico da teoria subjetiva. Entretanto, há casos em que a lei, para facilitar a prova do ato ilícito estabelece a presunção da culpa, ficando a vítima dispensada do ônus da prova.

Dessa forma, verifica-se que a responsabilidade subjetiva subsiste como regra geral, sendo dispensada a culpa apenas em situações excepcionais, que foram taxativamente estabelecidas em lei.

A teoria subjetiva faz distinções com base na extensão da culpa, podendo ser grave, leve e levíssima. A culpa grave é a modalidade mais próxima do dolo, que se manifesta de forma grosseira, assumindo o agente o risco, uma vez que o dano é previsível. A culpa leve é aquela em que o dano pode ser evitado mediante uma atenção ordinária por parte do agente. Na culpa levíssima o dano somente poderia ser evitado frente a uma atenção extraordinária ou uma habilidade especial.

Para Miguel Kfoury Neto²⁷, o artigo 944 do Código Civil, “introduz a necessidade de o juiz estabelecer o grau de culpa com que se houve o causador do dano, no propósito de fixar com maior justiça a indenização”.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil baseia-se no princípio fundamental da culpa, sem olvidar que disposições legais abarcam a teoria do risco. O núcleo da responsabilidade está na pessoa do agente, no seu comportamento contrário ao direito. O Código Civil Brasileiro, seguindo a tradição de nosso direito, não se afastou da teoria da culpa, como princípio regulador da responsabilidade civil extracontratual.

Parte da doutrina defende que a culpa não é pressuposto geral da responsabilidade civil, considerando a existência da outra espécie de responsabilidade que dispensa esse elemento subjetivo para sua configuração. Para esses doutrinadores, os elementos essenciais da responsabilidade são a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

Entretanto, grande parte da doutrina entende a culpa como condição efetiva do ato ilícito e, por consequência, da responsabilidade civil, considerando que a

²⁷ NETO, Miguel Kfoury. **Atos, fatos, negócios jurídicos e bens**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 818.

responsabilidade objetiva, que é fundamentada na teoria do risco, foi idealizada como exceção, e não como regra.

3 DANO

O significado da palavra "dano" é muito amplo e compreende inúmeras situações. Pode ser caracterizado por uma ofensa, um prejuízo que sofre aquele que tem seus bens lesionados ou inutilizados. Entretanto, para o Direito, esse termo representa muito mais, sendo todo e qualquer dano, de ordem material ou que atinjam bens do campo moral, social ou psicológico, podendo ser causados a qualquer pessoa.

Para uma melhor distinção do dano, é oportuno uma reflexão, apontando as ponderações de Caio Mário Pereira: "Para a determinação da existência do dano, como elemento objetivo da responsabilidade civil, é indispensável que haja ofensa a um bem jurídico²⁸".

Nessa perspectiva, dano é toda e qualquer lesão causada a um bem juridicamente protegido, seja causando prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial, e sem a sua ocorrência, não se pode falar em responsabilidade civil, sendo sempre elemento essencial para a sua configuração.

Conforme os ensinamentos de Maria Helena Diniz²⁹, nem todo dano é indenizável. Para que o seja, é imprescindível a ocorrência de alguns requisitos, como: a diminuição ou a destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, a efetividade ou certeza do dano, a causalidade, a subsistência do dano, a legitimidade e a ausência de causas excludentes de responsabilidade.

O primeiro requisito, é que o dano acarrete lesão nos interesses econômicos ou não de outrem, protegidos juridicamente. Dessa forma, a lesão deverá ser a patrimônio alheio, não se podendo falar em dever de reparação quando o dano é causado a si próprio ou ao seu próprio patrimônio, sendo que sem a comprovação do dano ninguém pode ser responsabilizado civilmente.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., 46.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 65-67.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

O dano pode ser patrimonial, também chamado de material ou extrapatrimonial, conhecido como moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do lesado.

O dano material caracteriza-se pela diminuição do patrimônio do lesado, exigindo sua reposição, enquanto que o dano moral é aquele que não reflete no patrimônio, mas afeta o sentimento, o decoro, a honra do lesado, enfim, atinge tudo aquilo que não tem valor econômico, mas causa dor e sofrimento³⁰.

Para explicitar a liquidação do dano, o Código Civil assinala um capítulo sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível, com o título “Da Indenização”. Vale ressaltar que, mesmo que haja violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida sem que se tenha verificado prejuízo. A inexistência de dano torna sem objeto a pretensão à sua reparação.

Para Sílvio de Salvo Venosa³¹:

Na ação de indenização decorrente de ato ilícito, o autor busca a reparação de um prejuízo e não a obtenção de uma vantagem. A quantificação do dano é dificuldade à parte no campo da responsabilidade civil, tanto no campo contratual como no extracontratual. Quando o dano decorre de um inadimplemento contratual, o próprio contrato balizará o ressarcimento. Os contratantes poderão, ademais, ter prefixado os danos em uma cláusula penal. Em sede de responsabilidade aquiliana, porém, a perda ou o prejuízo deverão ser avaliados no caso concreto.

O dano pode ainda ser direto ou indireto, sendo o primeiro, decorrente imediato do fato lesivo, e o segundo, em virtude da repercussão em outros bens que não foram diretamente alcançados pelo fato. Ocorrem em circunstâncias posteriores, que aumentam o prejuízo ou refletem em outros sujeitos ligados afetivamente à vítima.

Como ensina o ilustre professor Carlos Roberto Gonçalves³², o dano é determinado com fundamento no prejuízo comprovado pela vítima. Deste modo, todo dano provado deve ser indenizado, tendo-se como efeito que a indenização mede-se pela sua extensão.

³⁰ BARBOSA, Jovi Vieira. **Dano moral: o problema do *quantum debeatur* nas indenizações por dano moral**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 132.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 39.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 382.

Também é adotada no Brasil, a teoria da perda de uma chance, segundo a qual alguém, praticando uma ação ou uma omissão, faz com que outra pessoa perca uma oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, impondo-se assim, o dever de indenizar. Em outras palavras, o lesante, com a sua conduta, faz com que o lesado perca a oportunidade de obter uma situação futura melhor.

Nesse caso, o cálculo da indenização será realizada através de uma projeção dessas perdas, desde o momento do fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou data da morte.

Nesse sentido, é pertinente o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa³³:

Os danos futuros devem ser razoavelmente avaliados quando consequência de um dano presente. Não podemos, por exemplo extremo, admitir que a indenização pela morte de um cavalo de corrida chegue ao ponto de indenizar por prêmio integral de sua vitória no próximo grande prêmio, mas podemos avaliar a média de prêmios que presumivelmente o animal conseguira em sua vida útil. No mesmo diapasão, podemos colocar a hipótese de um advogado que perde o prazo para interpor recurso, como vimos no Capítulo 9. Nada aponta que o recurso teria absoluto sucesso, mas há efetiva perda de chance por parte do cliente, que se traduz na impossibilidade de revisão da decisão judicial por outro grau de jurisdição.

Entretanto, se a possibilidade de ocorrência de determinado evento lucrativo e que foi frustrada por um ato lesivo, for vaga ou apenas hipotética, a conclusão será pela inexistência da perda de chance. O fato é que, em se tratando da perda de uma chance, é muito difícil prever qual seria realmente o resultado.

3.1 DANO MATERIAL

Essa espécie de dano, também denominado de dano patrimonial, é instituído como figura jurídica, quando determinado agente causa prejuízo a um bem externo de outrem, levando em consideração os prejuízos impostos ao patrimônio da vítima, os quais resultam em perda ou deterioração de uma coisa que pode ser mensurada economicamente.

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 244.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

O dano material é aquele passível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por indenização em dinheiro.

A indenização para o dano material está constituída no art. 402 do Código Civil, que assim dispõe: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Compreende, dessa forma, o dano emergente e o lucro cessante, incluindo todo o dano experimentado pela vítima.

O dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição do patrimônio sofrida pela vítima, representando a diferença entre o patrimônio que a vítima possuía antes do ato lesivo e o que passou a ter posteriormente. Já o lucro cessante, é o que se deixou de ganhar, é uma frustração da expectativa de lucro³⁴.

A comprovação do dano emergente pode ser feita mediante a juntada de notas fiscais, orçamentos, recibos de pagamento, etc. Já a dos lucros cessantes apresenta maior dificuldade. Malgrado represente o reflexo futuro do ato lesivo sobre o patrimônio da vítima, é determinado com base em fatos pretéritos, isto é, naquilo que vinha ocorrendo anteriormente.

De acordo com os ensinamentos do ilustre Carlos Roberto Gonçalves³⁵:

Para a caracterização dos lucros cessantes não basta a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas e das circunstâncias especiais do caso concreto. A expressão ‘o que razoavelmente deixou de lucrar’, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes.

Assim sendo, o lucro cessante é aquilo que a vítima deixou de lucrar, ou melhor, é a frustração de uma expectativa de lucro, é o deixar de ganhar algo esperado e, em contraposto ao dano emergente, o lucro cessante não é tão fácil de ser avaliado, porque o cálculo do dano deverá levar em conta acontecimento futuro.

Para Maria Helena Diniz³⁶, o lucro cessante é a perda da chance ou de oportunidade, abalizado na média do que recebia; e o dano emergente, é o efetivo

³⁴ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 560.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito das obrigações, parte especial, tomo II: responsabilidade civil**. – São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção sinopses jurídicas; v. 6. p. 93.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 65.

prejuízo, que se deu no momento da conduta lesiva. Logo, para saber se houve ou não um prejuízo de ordem material, deve-se fazer a comparação do valor do patrimônio da vítima antes e depois do dano. Se desse cálculo resultar uma diminuição no valor do patrimônio, estará caracterizado um dano material.

Cumpra acenar que a indenização devida à vítima somente deverá compreender os danos emergentes e os lucros cessantes diretos e imediatos, respondendo o devedor apenas pelos prejuízos vinculados a seu ato e, não por aqueles resultantes de causas estranhas ou remotas.

Nesse sentido, é o que dispõe o artigo 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Em síntese, a respeito do dano material, o objetivo da reparação é a reposição do bem lesionado ao seu estado anterior, de forma a permitir à vítima a satisfação integral daquilo que se perdeu total ou parcialmente, da maneira mais ampla possível, para que ela se sinta efetivamente ressarcida.

3.2 DANO MORAL

Além do dano material, existe o dano moral, que é caracterizado por uma lesão a interesses não-patrimoniais, considerando-se como tal a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação, avaliados como anormais, e que interfiram no comportamento psicológico do ser humano, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro considera dano moral aquele que decorre da lesão de um bem jurídico não patrimonial, compreendendo os bens objeto dos direitos da personalidade, assim caracterizado como prejuízo que não afeta o patrimônio do lesado, embora nele podendo vir a refletir. O dano moral ou extrapatrimonial compreende o dano resultante da lesão a direitos subjetivos da

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

pessoa, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à saúde, entre outros.

Portanto, em sede de necessária simplificação, o que se convencionou chamar de dano moral é a violação da personalidade da pessoa, como direito fundamental protegido, em seus vários aspectos ou categorias, como a dignidade, a intimidade e a privacidade, a honra, a imagem, o nome e outros, causando dor, tristeza, aflição, angústia, sofrimento, humilhação e outros sentimentos internos ou anímicos³⁷.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, sobreveio o estabelecimento da reparação dos danos morais, como se verifica no artigo 5º, incisos V e X³⁸, e, em especial, o artigo 1º, inciso III, que constituiu como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.

O Código Civil Brasileiro de 2002 consagrou em seu artigo 186, o instituto jurídico do dano moral, possibilitando seu ressarcimento. Dessa forma, o direito à indenização pelo dano moral foi definitivamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Importante elucidar que o dano moral compreende também, qualquer ataque ao nome e imagem da pessoa, quer seja ela física ou jurídica, à intimidade, à vida privada, à honra, sendo assegurado o direito à indenização pela sua violação.

Para o ilustre Caio Mario da Silva Pereira³⁹:

Não me parece, todavia, inadequado, uma vez que nesta referência se contém toda lesão à integridade física ou moral da pessoa; as coisas corpóreas ou incorpóreas que são objeto de relações jurídicas; o direito de propriedade como os direitos de crédito; a própria vida como a honorabilidade e o bom conceito de que alguém desfruta na sociedade. Quando opto pela definição do dano como toda ofensa a um bem jurídico, tenho precisamente em vista fugir da restrição à patrimonialidade do prejuízo. Não é raro que uma definição de responsabilidade civil se restrinja à reparabilidade de lesão imposta ao patrimônio da vítima. Não me satisfaz esta restrição, porque sempre entendi, e o tenho definido em minha obra doutrinária, que toda lesão a qualquer direito tem como consequência a obrigação de indenizar. O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos.

³⁷ STOCO, Rui. Op. cit., p. 1874.

³⁸ Constituição Federal, art. 5, inciso V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 54.

Necessário destacar que não é qualquer dissabor ou qualquer aborrecimento que configura o dano moral, porquanto, estes fazem parte da vida normal, do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

A indenização por dano moral não tem o condão de reparar qualquer padecimento, dor ou aflição, entretanto objetiva restabelecer o equilíbrio jurídico violado, compensando o lesado pelo dano sofrido e desestimulando o lesante, para que este não prossiga cometendo danos da mesma espécie.

O dano moral não causa prejuízo na esfera patrimonial da vítima, tanto que a indenização, na maioria das vezes, corresponde ao pagamento de uma quantia em dinheiro, buscando a satisfação compensatória, destinada a amenizar a dor da vítima.

3.2.1 Evolução histórica do dano moral

É essencial um enfoque sobre o dano moral ao longo do tempo, com exposição da forma como era tratado em diversas épocas ao longo da história da humanidade. Destarte, se faz necessário retornar às sociedades antigas, identificando o momento histórico em que surge a necessidade da reparação do dano ao indivíduo, o momento em que a sociedade passa a valorar os direitos pessoais de seus membros.

Rui Stoco⁴⁰ ensina:

A teoria do dano moral será, talvez, a que maior resistência sofreu desde a sua concepção, que remonta à Índia lendária e à fabulosa Babilônia (Código de Manu e Hammurabi), passando pelo Direito Romano e frutificando e se desenvolvendo na França. Paulatinamente a teoria foi se desenvolvendo e sedimentando, evoluindo através de um trabalho de criação de poucos doutrinadores, com a resistência insistente de tantos outros.

Em consequência dos conflitos entre os indivíduos, as sociedades antigas começaram a se preocupar com a reparação do dano moral. Tornou-se imprescindível uma forma de equilibrar e sanar as desigualdades entre os fortes e os fracos, sem

⁴⁰ STOCO, Rui. Op. cit., p. 1870.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

comprometer a ordem social. É possível detectar, nas diversas sociedades e codificações da história humana, que a integridade física e moral de seus indivíduos, tinham proteção, desta forma quem ofendesse alguém, deveria repará-lo seja com uma pena física ou pecuniária.

De acordo com Busa Mackenzie Michellazzo⁴¹, a notícia mais longínqua sobre dano moral remonta aos Códigos de Manu e Hammurabi, onde se considerava que:

O compromisso oriundo de um contrato válido tinha algo de sagrado a que não podiam, impunemente, furtar-se os pactuantes (Manu), e, se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar, se deverá arrastar esse homem perante o Juiz e tosquiá-lo a fronte.

O Código de Ur-Mammu foi editado pelo imperador da Suméria, Ur-Nammu, em meados de 2140 e 2040 a.C., e é considerado uma das mais antigas codificações da civilização humana, onde já era possível encontrar previsão para a reparação do dano moral, apresentando uma coletânea de costumes e decisões de conflitos ocorridos anteriormente, que embasavam as decisões da época.

Neste sentido, o nobre doutrinador Antonio Carlos Wolkmer⁴², esclarece que as reparações aos danos sofridos pelas vítimas eram pagas em dinheiro, subsídio que não acabaria com sua dor, mas tentava amenizá-la.

O Código de Hamurabi, a mais importante codificação de leis da civilização antiga, datado por volta de 2000 a.C., continha várias leis que até hoje têm grande influência sobre as nossas codificações, apresentando alguns elementos surpreendentemente modernos que marcam a delimitação do direito de família, refere-se ao domínio econômico, fazendo menção à injúria e à difamação da família em um de seus artigos. Com isso vislumbra-se a importância e o legado histórico que esta compilação de leis tem para a civilização contemporânea.

Esse Código tinha como característica punir de forma rigorosa os causadores de danos, pois tinha como base o “olho por olho, dente por dente”, assim, é possível encontrar uma importante diferença entre o Código de Ur-Mammu e o de Hamurabi,

⁴¹ MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral. Teoria, Legislação, Jurisprudência e Prática**. São Paulo: Editora Lawbook, 2000. p. 19.

⁴² WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 47

uma vez que um deles primava pela punição corporal e outro pelo caráter pecuniário como forma de reparar o dano.

Outra codificação que tratava da reparação do dano era a Lei das XII Tábuas, que teve fundamental importância para a origem do Direito Romano. Foi possível aos historiadores extrair dos fragmentos recuperados, a existência do instituto da reparação. Essa lei estabelecia uma indenização com duplo caráter para a reparação do dano, ou seja, para determinada situação a pena recairia sobre a integridade física do autor, ou então, o autor sofreria perda pecuniária, pagando determinada quantia em valor para a vítima do dano.

De acordo com Antonio Carlos Wolkmer⁴³:

A sociedade desigual romana gerou uma série de instituições políticas e jurídicas *sui generis*, bem como um ambiente de conturbação e de conflitos de classe, decorrentes das desigualdades sociais, principalmente entre as classes dos patrícios e a dos plebeus, esta situação se manifestou, por exemplo, na rebelião plebeia que gerou a elaboração da famosa Lei das XII Tábuas, atribuindo mais poder aos plebeus.

O Código de Manu ou Leis Escrita de Manu, trata da codificação indiana, editada no século II a.C., constituindo a coletânea legislativa mais antiga da Índia. Essa legislação instituiu a reparação do dano moral, estabelecendo que o ressarcimento ocorresse através do pagamento de um valor pecuniário, arbitrado pelo legislador.

A contribuição dada pela Grécia antiga ao direito é de grande relevância, prova disso é que nessa época já encontrava o instituto da reparação do dano moral, apresentando um caráter pecuniário.

O dano moral também se apresentava no Direito Romano, o que conseqüentemente influenciou no reconhecimento do dano moral no ordenamento jurídico de todo o mundo, em virtude da importância do direito romano para os legisladores.

Para o ilustre professor Caio Mário da Silva Pereira⁴⁴:

É o Direito romano que oferece subsídios a qualquer elaboração jurídica, porque, de um modo ou de outro, foi a sabedoria romana que permitiu a criação do substrato essencial da formação dos sistemas que, nestes dois mil anos de

⁴³ Ibidem. p. 94.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 12.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

civilização cristã, vicejam no que se denomina civilização jurídica ocidental, que eu sempre qualifiquei de romano-cristã.

[...]

Cumprido, todavia, reconhecer que a multiplicação dos casos particulares levou a admitir, no último estágio do direito romano, a evolução que abrangia a maior parte dos prejuízos materiais, mas também os "prejuízos morais". Avança a necessidade de reparação mesmo que inexistisse um corpo lesado (*corpus laesum*), encontrando-se fora da Lei Aquilia solução mediante a utilização da *actio utilitatis causa*.

3.2.2 O dano moral no Direito Brasileiro

O desenvolvimento das sociedades trouxe consigo os conflitos entre os indivíduos, que ultrapassavam a esfera patrimonial, ofendendo direitos pessoais, tais como dignidade, honra, intimidade, e os demais direitos de personalidade. No Brasil, o desenvolvimento do instituto do dano moral ocorreu através de diversas leis, que gradativamente foram reconhecendo a figura da reparação ao dano moral.

Com a nova realidade, o legislador brasileiro passou a se preocupar com tal situação e, com o objetivo de amparar as vítimas dos danos morais, as legislações começaram a introduzir na tutela jurisdicional a reparação não mais restrita ao dano material, mais abrangendo o dano moral.

No período em que o Brasil permaneceu como colônia de Portugal, as Ordenações do Reino apresentavam as normas que regulavam as relações sociais, comerciais, civis, entre outras, e que eram aplicadas na coroa portuguesa e também em suas colônias.

As Ordenações do Reino, uma das mais antigas leis da história legislativa brasileira, muito influenciaram nas legislações posteriores. Neste sentido, ensina Antonio Carlos Wolkmer⁴⁵:

Foram essas Ordenações as mais importantes para o Brasil, pois tiveram aplicabilidade durante um grande período de tempo. Basta lembrar que as normas relativas ao direito civil, por exemplo, vigoraram até 1916, quando foi publicado o nosso Código Civil Nacional. Assim, a matéria contida nas três Ordenações, do ponto de vista formal, era a mesma. Mas o seu conteúdo apresentava pontos divergentes.

⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. p. 299

Entretanto, em relação à origem do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se como percussor o Código Civil de 1916, que apresentava a possibilidade da reparação ao dano moral, pois naquele momento, essa espécie de dano estava ligada ao dano material.

Com as mudanças ocorridas ao longo do tempo, as leis brasileiras passaram a abordar o dano moral de forma autônoma, separando-o da ofensa material, fazendo com que o dano imaterial passasse a ser previsto nas mais variadas legislações, como a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, entre outras, garantindo a presença do instituto da reparação ao dano moral.

O Código Civil Brasileiro de 1916 reunia normas que regulavam as relações privadas entre os indivíduos, apresentando a possibilidade para a reparação ao dano moral.

Segundo Rui Stoco⁴⁶:

No Brasil, uma legislação esparsa e fracionária adiantou-se ao legislador constituinte na aceitação e afirmação da indenizabilidade do dano moral, embora tímida. Primeiro, através de alguns preceitos isolados de nosso revogado Código Civil de 1916. Depois, em previsões estanques, como se verificava na Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 09.02.67, declarada como não recepcionada pelo STF no julgamento da ADPF 130-7, de 30.04.2009) e no revogado Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117, de 27.08.62), apenas para exemplificar e como registro histórico.

Compreende-se que o Código Civil de 1916, trouxe a possibilidade da reparação por dano moral, orientando os legisladores brasileiros numa visão diferenciada deste instituto, de forma a fortalecê-lo em outros diplomas legais.

Entretanto, foi com a chegada da Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, também chamada de Constituição Cidadã, que a aceitação plena da reparação por dano moral se consagrou, garantindo em seu artigo 5º, incisos V e X, a reparação da lesão a moral:

Art. 5º. (Omissis);

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;

⁴⁶ STOCO, Rui. Op. cit., p. 1870

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Para o professor Caio Mário da Silva Pereira⁴⁷, a Constituição Brasileira de 1988 terminou definitivamente com as discussões acerca da possibilidade da reparação do dano exclusivamente moral:

A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. O art. 5º, nº X, dispôs: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo. É de acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos.

Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de "numerus clausus", ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de "construction".

Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em o nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz.

O reconhecimento constitucional do dano moral possibilitou a criação de perspectivas para a demanda da reparação ao dano que fosse somente de caráter moral. Tal previsão proporcionou o fortalecimento definitivo desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil, que entrou em vigor no ano de 2002, apresentou na redação do artigo 186, a possibilidade da reparação ao dano moral, ganhando força legal e trazendo como novidade a expressão "exclusivamente moral", que formalizou de maneira evidente, que se alguém sofresse um dano exclusivamente moral, teria o direito de receber indenização.

Assim dispõe o artigo 186 do Código Civil, *in verbis*: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 93.

Dessa forma ocorreu a validação da reparação dessa espécie de dano, presente no artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece os direitos e garantias fundamentais, proporcionando à indenização do dano moral um caráter punitivo e compensatório.

3.2.3 Natureza jurídica da reparação do dano moral

Há uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da reparação do dano moral, dividindo-se os entendimentos entre a teoria que defende o caráter meramente punitivo da reparação, e a que a considera como uma forma de compensação, apontando seu caráter dúplice de pena e de satisfação compensatória simultaneamente.

Como ensina Maria Helena Diniz⁴⁸, “a reparação do dano moral não tem apenas a natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento”.

Dessa forma, a indenização do dano moral deve ter como objetivo condenar o agente causador do dano a pagamento pecuniário, visando à punição, como um recurso para desestimular a prática danosa e compensar a vítima de forma a amenizar a sua perda.

Neste aspecto, infere-se que a função punitiva é coexistente à função compensatória e, em algumas situações, o aproveitamento efetivo daquela resulta no alcance desta.

Do mesmo modo, deve ser considerado que essa reparação não pode configurar um enriquecimento injustificado da vítima, nem poderá ser tão insignificante que não alcance a sua finalidade punitiva e compensatória.

Sílvio de Salvo Venosa⁴⁹ preleciona que:

Há de se levar em conta, por outro lado, além da situação particular de nosso país de pobreza endêmica e má e injusta distribuição de renda, que a indenização não pode ser de tal monta que acarrete a penúria ou pobreza do causador do dano, pois, certamente, outro problema social seria criado. Os julgados devem buscar o justo equilíbrio no caso concreto.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. cit . p. 109.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 49.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Ainda nesse sentido, defende Caio Mário da Silva Pereira⁵⁰:

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Nessa perspectiva, na reparação dos danos morais, o dinheiro não cumpre a função apenas de contrapartida à lesão, como nos danos materiais, desempenha simultaneamente o papel satisfatório e punitivo.

Destarte, o instituto jurídico do dano moral possui três funções básicas: compensar alguém em razão de lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima, punir o agente causador do dano, e, por último, prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso, ocorrendo dessa forma uma prevenção, tanto individual, em relação ao agente causador do dano, como também coletiva, abrangendo a sociedade como um todo.

Ensina a ilustre Maria Helena Diniz⁵¹ que:

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual- não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.

Dessa forma, a função compensatória é dirigida à pessoa que sofreu o dano; a punitiva ao responsável pela ocorrência do dano e a última objetiva dissuadir o responsável pelo evento danoso de repeti-lo, razão pela qual tem papel pedagógico ou educativo.

Em virtude desses efeitos, tem finalidade dúplice, convencer o responsável pelo dano a não cometer novamente a mesma modalidade de violação e prevenir que outra pessoa pratique ilícito semelhante. A primeira afeta o agente causador do dano,

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit. p. 62.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 109.

ao passo que a outra reflete na sociedade em geral, que é advertida através da reação da justiça frente à agressão dos direitos da personalidade.

Importante destacar que o debate sobre as teorias da natureza jurídica da reparação por danos morais é de extrema relevância para a compreensão desse instituto, pois a escolha entre uma ou outra teoria influencia diretamente na fixação do *quantum* indenizatório.

Caso o julgador adote a teoria do caráter meramente punitivo, preocupar-se-á com a conduta lesiva do ofensor, com o ato por ele praticado, sem se deter na repercussão gerada no âmbito da intimidade do lesado.

Em contrapartida, a teoria do caráter dúplice da reparação é a mais compatível com as normas estabelecidas pela Constituição Federal e a legislação infraconstitucional para a fixação do *quantum* indenizatório, pois busca compensar o lesado por todos os danos extrapatrimoniais sofridos, e constituir uma sanção ao agente causador do dano.

Ponto de fundamental importância encontra-se na finalidade precípua da reparação, que é compensar a vítima do dano.

3.2.4 Formas de reparação e sua aplicabilidade ao dano moral

Reparar um dano significa restituir um direito violado, sempre que possível devolvendo as coisas ao *status quo ante*, e quando não o for, estabelece-se um novo estado, aproximando-se ao máximo do estado anterior à lesão.

Ao se falar em reparação, é imperativa uma abordagem ao princípio da *restitutio in integrum*, que constitui a restituição integral, uma vez que esta é a fórmula primária da responsabilidade civil e também é aplicada à reparabilidade do dano moral.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves⁵²:

Muitas foram as objeções que se levantaram contra a reparação do dano puramente moral. Argumentava-se, principalmente, que seria imoral procurar dar valor monetário à dor, ou que seria impossível determinar o número de pessoas atingidas (pais, irmãos, noivas etc.), bem como mensurar a dor. Mas todas essas objeções acabaram rechaçadas na doutrina e na jurisprudência. Tem-se entendido, hoje, que a indenização por dano moral não representa a

⁵²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações** – Parte especial, tomo II: Responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

medida nem o preço da dor, mas uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza e dor infligidas injustamente a outrem. E que todas as demais dificuldades apontadas ou são probatórias ou são as mesmas existentes para apuração do dano material.

Atualmente, na reparação do dano moral, como em outras modalidades de dano, adotam-se determinadas linhas de aplicação, podendo haver a reparação *in natura* correspondente a restituição do *status quo ante*, ou então, a reparação compensatória que abrange a compensação financeira ou patrimonial.

A preferência de alguns doutrinadores é pela recomposição *in natura*, que trata da reparação específica, fundamentada no princípio da *restitutio in integrum*, buscando o restabelecimento da situação anterior ao evento causador do dano.

Nessa modalidade, é necessária uma ação que, reparando, conduza o lesado à mesma situação em que se encontrava anteriormente, caracterizando-se na principal forma de reparação que, sendo viável, não pode deixar de ser utilizada na composição do dano moral.

Conforme preleciona o notável doutrinador Araken de Assis⁵³: “Em princípio, toda indenização há de ser *in natura*, seja qual for o bem lesionado, patrimonial ou não, significando a reposição das coisas ao estado anterior ao dano”.

A reparação do dano moral, assim como algumas espécies de danos materiais, não precisa, necessariamente, ser mediante indenização em dinheiro, pois através de diversas providências, como publicações e outras prestações de serviços, pode-se restaurar a ordem jurídica lesada.

Tem-se, como exemplos de reparação específica do dano moral o desagravo, a retificação de notícia, a publicação de retratação, o reconhecimento público de erro, entre outros. Também as agressões ao meio ambiente podem, algumas vezes, dar ensejo à reparação *in natura*, como na hipótese de morte de peixes por lançamento de poluentes na água, onde o dano pode ser reparado com o lançamento de novos peixes e purificação das águas poluídas.

Nada obstante, conforme o caso, e consideradas as circunstâncias e a gravidade da lesão, o juiz poderá condenar o agente causador do dano a repará-lo em ambas as formas, ou seja, reparação *in natura* e indenização pecuniária, que não se excluem e podem ser suplementares.

⁵³ ASSIS, Araken de. **Atos, fatos, negócios jurídicos e bens**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 575.

As diferentes formas de reparação não se excluem, ao contrário, podem ser utilizadas conjuntamente para uma efetiva reparação do dano, para que se atinja um ressarcimento pleno. Dessa forma, tem-se a possibilidade da reparação *in natura*, como procedimento primário para a reparação do dano moral baseada no *restitutio in integrum*, que possibilita o restabelecimento do bem jurídico lesado à situação antecedente ao evento lesivo, e que não exclui a indenização pecuniária, caso seja necessário.

Quanto ao dano moral, Maria Helena Diniz⁵⁴ salienta que:

Grande é o papel do magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou compensação não econômica à pecuniária, sempre que possível, ou se não houver risco de novos danos.

A indenização *in natura* pode ser cumulativa com a reparação pecuniária, conferindo-se ao juiz amplos poderes para a definição da forma e da extensão, para possibilitar a compensação e satisfação ao ofendido.

É notório que atualmente, a compensação pecuniária tem prevalecido na jurisprudência. Segundo Araken de Assis⁵⁵:

Atualmente, a indenização em dinheiro se desenvolve a passos largos e ocupa indubitável papel central nas modalidades de reparação em natura. Por exemplo, a lesão deformadora de pessoa enseja, a despeito de outras compensações pecuniárias, o direito de pleitear indenização das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o final da convalescença.

Mesmo a dor não podendo ser medida com valor pecuniário, o dinheiro possibilita amenizar a manifestação dolorosa sofrida pela vítima, de modo que seja compensatória para ela.

A esse respeito, Caio Mário Pereira⁵⁶, esclarece em sua obra:

Quando se cuida do dano moral, 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 compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. É com

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 111.

⁵⁵ ASSIS. Araken de. Op. cit., p. 576.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário. Op. cit., p. 87.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

tal inspiração que as nossas cortes de justiça tem proclamado que a condenação pecuniária nas ações de indenização por dano moral têm função meramente satisfatória.

Nessa perspectiva, o dinheiro na indenização por danos morais é meramente compensatório, devendo o juiz estabelecer o conteúdo do dano, considerando o dano emergente e o lucro cessante, observando sempre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que ela se constitua em compensação ao lesado e sirva de desestímulo ao agente causador do dano.

4 FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NO DANO MORAL

Inúmeras objeções foram colocadas contra a indenização por dano moral, contudo, todas foram afastadas pela doutrina e na jurisprudência por não encontrarem embasamento legal.

Destaca-se a seguir, as principais objeções à reparação do dano moral, juntamente com os argumentos de contraposição⁵⁷:

a) falta de efeito penoso durável: alegação de que a ocorrência de um evento danoso não tem efeito permanente. Esse fato, não extingue a existência de lesão e nem a responsabilidade pela sua reparação. Em casos dessa natureza, a indenização deverá variar de acordo com a maior ou menor duração do sentimento ruim provocado à vítima;

b) escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro: essa objeção é improcedente, pelo fato do judiciário ter a função de acolher as denúncias das partes e resolver as controvérsias, além de que, assuntos delicados e graves podem ser instruídos em segredo de justiça;

c) incerteza, nos danos morais, de um verdadeiro direito violado e de um dano real: a causa da lesão é sempre uma ação ou omissão do agente, não sendo relevante se o bem ou o direito violado é material ou moral. Dessa forma, não há dúvidas quanto à ocorrência do prejuízo, não importando se o bem lesado é material ou imaterial. O dano moral decorre de uma violação a um direito extrapatrimonial, entretanto, o fato dos efeitos serem imateriais não implica no desaparecimento da violação e do direito do lesado. O ordenamento jurídico, corroborando com esse entendimento, de forma

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 95.

incontestável, acolheu o instituto do dano moral, a partir da Constituição Federal de 1988;

d) dificuldade de descobrir a existência do dano: é uma questão simplesmente probatória, que tanto é válida para o dano moral quanto para o dano material, sendo difícil, em alguns casos, negar a que sofre a pessoa lesada;

e) impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano: a indenização pecuniária terá como objetivo compensar a dor, aliando a isso, o caráter punitivo ao agente causador do dano que fica privado da quantia desembolsada;

f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro: será do Judiciário, a decisão, após análise de cada caso em concreto, se a vítima tem ou não direito a receber algum valor em pecúnia pela dor sofrida; desse modo, nenhuma imoralidade haverá na compensação;

g) enriquecimento sem causa: o nosso ordenamento jurídico não ampara apenas os bens que possuem valor econômico. A reparação pecuniária do dano moral não pretende refazer o patrimônio da vítima; sua função é dar uma compensação, um conforto, amenizando o sofrimento.

h) indeterminação do número de lesados: a lesão não atingiria apenas a vítima, mas também seus parentes, amigos, namorado, entre outros. Nesse caso, cabe ao juiz, através do poder que lhe é concedido, decidir de acordo com o seu livre convencimento, analisando o caso concreto, indicar com moderação quem são as pessoas que merecem ser reparadas;

i) perigo de inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial conferindo ao magistrado poder ilimitado na apreciação dos danos morais: ao fixar o valor da indenização, o juiz não agirá somente de acordo com a sua vontade, mas também com responsabilidade, examinando as ocorrências de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.

Apesar da existência dessas oposições à reparação do dano moral, verifica-se que a delimitação dessa espécie de dano é, talvez, o maior desafio para a fixação do *quantum* indenizatório, e a dificuldade que isso representa, por muito tempo foi um obstáculo para aceitação da tese da reparabilidade do dano moral.

No entanto, a dúvida é em relação aos parâmetros a serem considerados para a fixação do *quantum*, que não poderá ser um valor irrisório e nem elevado, devendo o magistrado considerar várias circunstâncias em cada caso específico, tais como a

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

intensidade da culpa e do dano, a conduta e a capacidade econômica do ofensor, a repercussão da ofensa, as condições sociais do ofendido e as consequências por ele suportadas.

A indenização para o dano moral busca propiciar ao lesado meios para aliviar sua mágoa e sentimentos agravados, amenizando seu sofrimento, sem olvidar de sua aplicação como pena ao infrator.

De acordo com Jovi Vieira Barboza⁵⁸:

O que restou demonstrado é que a reparação do dano moral é uma das tarefas mais difíceis a serem enfrentadas perante o judiciário, seja pelas partes, pelos juízes ou mesmo pelos advogados que conduzem as causas. A reparação por danos morais têm sentenças com desfechos dos mais disformes no que se refere ao *quantum debeatur*.

As discussões doutrinárias ocorrem em virtude da imprevisibilidade das decisões referentes à reparação por danos morais, principalmente no que concerne à delimitação de parâmetros justos para a fixação do *quantum indenizatório*.

Mesmo tendo sido consolidada a reparação pecuniária dos danos morais, ainda persiste atualmente uma dificuldade para sua quantificação de forma satisfatória. Em casos de danos materiais, os cálculos são realizados com fundamento no montante do prejuízo econômico sofrido pelo ofensor. Em danos morais, entretanto, não há uma dimensão monetária, assumindo importância primordial o arbitramento do magistrado, que deve se pautar na prudência, na proporcionalidade e na razoabilidade.

A esse respeito o nobre doutrinador Rui Stoco⁵⁹:

Segundo o nosso entendimento, o atual Código Civil padece, também de um Capítulo, Seção ou preceito, ainda que isolado, que estabeleça critérios para a fixação da compensação por dano moral, coerente, aliás, com a ausência da disciplina específica nessa área. O estabelecimento de valores para compensar as ofensas morais admitidas em juízo constitui atualmente uma questão angustiante, pois fica no exclusivo poder discricionário do julgador, através de critérios subjetivos e aleatórios.

Ante a grande variedade de opiniões manifestadas pela jurisprudência, é comum encontrar julgados contraditórios entre si, ou até mesmo famosos pela

⁵⁸ BARBOZA, Jovi Vieira. Op. cit., p. 193.

⁵⁹ STOCO, Rui. Op. cit., p.1878.

manifestação de medidas exageradas ou de opiniões duvidosas. E é, nesse contexto, que juristas e legisladores propõem limitações às indenizações, tabelamentos, e até mesmo enumerações dos danos morais.

Há entre alguns doutrinadores a pretensão de uniformizar as decisões, tal como é a proposta dos tabelamentos e demais limitações, que o próprio Rui Stoco defende⁶⁰:

O que se esperava e que sempre nos pareceu mais consentâneo, é que no próprio corpo do Código Civil fosse adotado um sistema tarifado (também conhecido como sistema fechado) para a fixação de valores, critério esse que deveria ser dúctil ou mais elástico, multidisciplinar e que melhor atendesse o fundamento da indenizabilidade da ofensa moral à pessoa, desde que fossem estabelecidas margens mínimas e máximas mais dilargadas e consensuais com a realidade de hoje, de modo que diante do vácuo da legislação, ao julgador e aplicador da lei se entreguem certas mas contidas liberdades e discricionariedade na fixação do valor, que estará expresso dentro dessas margens.

Para outros, deve-se dar atenção a uma pretensão mais compatível com as exigências da isonomia, formando-se um núcleo de questões relevantes à caracterização desses danos, de forma que a jurisprudência possa dialogar dentro dos mesmos parâmetros.

Um ponto relevante na problemática da reparação dos danos morais é o fato de que os magistrados não costumam motivar com precisão como obtiveram o valor indenizatório. Utilizando, na maioria dos casos, apenas os argumentos genéricos da razoabilidade e do bom senso, deixando sem detalhamento o percurso que levou o julgador a atribuir aquela quantia, em lugar de outra qualquer.

Outro ponto importante é a imprevisibilidade das decisões em relação aos danos morais, que tem afligido grande parte da doutrina que considera essencial que haja previsibilidade na aplicação da indenização, para que o resultado seja proveniente de um raciocínio lógico.

Os danos morais, entretanto, não possuem dimensão monetária, sendo insuscetíveis de avaliação estrita, assumindo importância primordial, o arbítrio do juiz, que deve se fundamentar na prudência, na equidade e na razoabilidade.

O valor fixado como indenização dos danos morais não pode ser tão alto a ponto de causar o enriquecimento sem causa do autor ou de arruinar financeiramente

⁶⁰ Ibidem, p. 1879.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

o réu e nem pode ser tão baixo a ponto de não sancionar o réu possibilitando que ele repita a ofensa praticada ou não repare o dano sofrido pelo autor.

Para isso é fundamental que o magistrado considere várias circunstâncias de acordo com cada caso específico, como a intensidade da culpa e do dano, a conduta e a capacidade econômica do ofensor, a repercussão da ofensa, a posição social ocupada pelo ofendido e as consequências por ele suportadas.

Ante a falta de critérios a serem seguidos, é muito complexa a tarefa dos magistrados no momento de fixar o valor da indenização dos danos morais. Humberto Theodoro Junior⁶¹ afirma que:

Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia.

Fica evidenciada a relevância de que no arbitramento judicial, o magistrado deixe explícito na sentença condenatória a sua motivação bem como os parâmetros utilizados por ele, no momento da quantificação do valor indenizatório.

A quantificação da indenização devida cabe ao juiz, com lastro nas condições fáticas do caso concreto; é o momento culminante da ação de indenização do dano moral, exigindo do intérprete ou aplicador da lei, de um lado, prudência e equilíbrio, mas de outro, rigor e firmeza.

4.1 MENSURAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

A mensuração do prejuízo em dinheiro como forma de compensar a dor ou o sofrimento do ofendido, o que não deve ser confundido com o retorno ao *status quo ante*, deve estimular uma situação de equilíbrio entre as partes.

Existem dois critérios para fixação do *quantum* indenizatório em ações de reparação por danos morais, o critério da tarifação, pelo qual o *quantum* das

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2010. p.41.

indenizações é prefixado; e o critério do arbitramento pelo juiz, onde o aplicador do direito estabelece o valor devido de forma livre, valendo-se sempre de convencimento motivado.

O critério da tarifação não possui qualquer aplicação no sistema normativo pátrio. Isso porque, dando-se conhecimento antecipado de valores prefixados, as pessoas poderiam analisar a consequência do ato ilícito e confrontar com os benefícios, que, em contrapartida, poderiam obter.

Na tarifação, os valores pagos de acordo com cada tipo de dano sofrido são prefixados. Assim, podem ser preestabelecidos valores máximos e mínimos ou um valor fixo que devem ser obedecidos pelo julgador no momento de decidir o montante da reparação do dano sofrido.

Já se buscou, no Direito Brasileiro, a tarifação dos danos morais com a Lei de Imprensa, que fixava pisos máximos para pagamento de certas infrações. De acordo com Maria Helena Diniz⁶²:

Mesmo que a Lei de Imprensa tarife a indenização, fixando pisos máximos para pagamentos de certas infrações, não traz segurança e certeza de reparação do dano moral, pois, por ser norma especial, não se aplica ao direito comum, nem tem o poder de afastar a incidência do princípio geral do Código Civil, aberto à ampla reparação do dano moral. P. ex., se ficar evidenciado o dolo não há que se falar em indenização tarifada ou limitação na reparação do dano moral prevista nos artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa, que só poderá ser aplicada, por analogia, havendo ato culposo do agente. Fácil é perceber que essa lei poderá servir de parâmetro, balizando o raciocínio judicial, mas não deverá ser utilizada em todos os casos, deixando a vítima sem o adequado ressarcimento. Em boa hora o STJ, em nova súmula (n. 281), resolve: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

Sob essa ótica, o sistema de tarifação atualmente não encontra respaldo jurídico no nosso ordenamento, pois é aquele em que o legislador estabelece critérios objetivos para se chegar a um valor da reparação do dano.

A antiga Lei de Imprensa estabelecia em seus artigos 51 e 52 o limite máximo para o arbitramento do dano moral em 200 (duzentos) salários mínimos, o que, na opinião da maioria dos doutrinadores, representava um valor muito baixo para certas ocasiões.

⁶² DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p.102.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

A crítica que se faz a esse sistema é que seria deixar na mão do legislador equiparar de maneira abstrata situações que devem ser analisadas no caso concreto pelo prudente arbítrio do juiz.

Coaduna com este entendimento Carlos Roberto Gonçalves afirmando⁶³:

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarificação, pelo qual o *quantum* das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e as confrontar com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, na hipótese, infringir a lei.

Cumpra destacar, que Rui Stocco⁶⁴ é adepto desse sistema:

Para o alcance desse equilíbrio e para que se possam evitar os excessos, as indenizações despropositadas e milionárias, o sistema tarifado, é o que se mostra mais consentâneo, lógico e justo e que melhor se coaduna com o nosso Direito.

Onde a legislação, já estabelece ou venha estabelecer o sistema tarifado, nenhuma dificuldade remanesce, bastando que se arbitre o valor da indenização, dentro das margens ou limites estabelecidos e segundo as circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração os pressupostos necessários para o encontro de valor consentâneo.

Atualmente no Brasil, a quantificação do dano moral é realizada pelo regime aberto, devendo ser estabelecida por meio do livre arbítrio judicial, tendo como parâmetros a convicção do juiz, a jurisprudência e os elementos probatórios aplicáveis ao caso concreto, objetivando que o ofensor não reincida no ilícito praticado, aplicando-lhe uma pena pecuniária adequada às suas condições econômicas.

O sistema aberto ou ilimitado ou por arbitramento judicial é aquele em que o juiz fixa o valor da indenização do dano moral com base na sua livre convicção, de maneira discricionária, ponderando os elementos probatórios de forma prudente, equânime e justa, ou seja, utilizando-se do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, expressamente mencionado no artigo 131 do Código de Processo Civil⁶⁵.

O legislador deixou a cargo do magistrado a tarefa de decidir fundamentadamente questões de sua competência, com base no seu livre

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 106.

⁶⁴ STOCO, Rui. Op. cit., p. 1932.

⁶⁵ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

convencimento para analisar as provas, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, mesmo que não alegados pelas partes.

Assim sendo, na reparação do dano moral, o juiz, analisando o caso concreto, deverá, ao determinar o *quantum debeatur*, levar em consideração a extensão do dano, cuja reparação não deverá ser equivalente a lesão, uma vez ser impossível tal equivalência em face da subjetividade do sofrimento.

De acordo com os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa⁶⁶, na fixação dos valores para reparação do dano moral:

Devem ser sempre sopesadas as situações do caso concreto. O juiz avaliará a magnitude da lesão sofrida pela vítima, utilizando-se da prova, da realidade que o cerca e das máximas da experiência. Ademais, em se tratando de dano moral, a mesma situação pode atingir de forma diversa cada pessoa.

É inegável que impera no ordenamento jurídico pátrio o critério do arbitramento pelo juiz, por meio do qual se determina que as perdas e danos devem ser apuradas nas modalidades de liquidação por artigos e por arbitramento, sendo esta a forma mais recomendada para a quantificação de danos morais.

Nas palavras de Maria Helena Diniz⁶⁷: “Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos”.

Vale ressaltar que, ainda que se tenha confiado ao magistrado a prerrogativa de fixar a verba indenizatória, segundo critérios escolhidos livremente, este deverá ter sempre em mente os princípios gerais de direito, costumes e, principalmente, às peculiaridades de cada caso concreto, de modo a evitar que a repercussão econômica da indenização se converta em enriquecimento ilícito de uma das partes, ou ainda, que o valor seja tão ínfimo, que se torne inexpressivo.

Em face da falta de critérios objetivos predeterminados em lei, a doutrina e a jurisprudência têm elencado algumas regras a serem seguidas pelo órgão jurisdicional quando do momento do arbitramento, para que se atinja de forma justa, proporcional e razoável o caráter dúplice desejado pela norma constitucional que assegura a reparação por dano moral, atenuando o sofrimento da vítima e, simultaneamente funcionando como sanção ao ofensor buscando o desestímulo de condutas lesivas aos direitos de ordem extrapatrimonial.

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 321.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.101.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

De acordo com Rui Stoco⁶⁸:

A tendência moderna, ademais, é a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido.

Em síntese, são duas as etapas para fixação do *quantum* indenizatório a título de reparação por danos morais: o estabelecimento de um valor básico para a indenização, levando-se em consideração o interesse jurídico lesado; e a análise e consideração das circunstâncias do evento danoso, para fixação definitiva do valor da indenização, de forma a atender ao comando normativo de arbitramento equitativo pelo juiz.

4.2 CRITÉRIOS A SEREM CONSIDERADOS NA DETERMINAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR

Há, na doutrina, várias considerações a respeito dos critérios para a fixação do *quantum debeatur* na reparação dos danos morais. O principal motivo é que, na prática, não existe um valor exato do dano moral, seja em que circunstância for. Por isto mesmo que não é muito fácil aceitar a questão do tabelamento proposto por alguns legisladores ou doutrinadores.

O magistrado, para formar seu convencimento e prolatar a sentença que arbitrar o valor da indenização do dano moral, pode valer-se de diversos critérios, tanto de ordem subjetiva, como de ordem objetiva, capazes de auxiliá-lo nessa difícil tarefa.

Conforme se depreende da obra de Maria Helena Diniz⁶⁹, tem-se como critérios sugeridos pela doutrina e aplicados pela jurisprudência, a gravidade da lesão, a intensidade do sofrimento do ofendido, a repercussão social da ofensa, o grau de culpa do ofensor, bem como o benefício que obteve com o ilícito, os principais fatores a serem considerados. Além disso, destaca-se que nada impede que o juiz utilize

⁶⁸ STOCO. Rui. Op. cit., p. 1925.

⁶⁹ DINIZ. Maria Helena. Op.cit., p. 103.

outros que entenda mais adequados, conforme as circunstâncias do caso concreto, desde que o sistema admita.

Outrossim, nada obsta que o magistrado, quando possível e principalmente quando os fatos apresentados reclamem conhecimentos técnicos e científicos específicos, utilize de peritos para avaliar o dano moral, fixando, de modo mais adequado sua reparação.

Verifica-se que os critérios atualmente utilizados pelo magistrado para a fixação do valor da indenização são: a situação econômica e social da vítima e do ofensor; a gravidade, a natureza e a repercussão do dano; o grau de culpa do ofensor; intensidade e duração da lesão, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da orientação jurisprudencial e doutrinária em casos semelhantes.

4.2.1 Situação econômica e social da vítima e do ofensor

Um dos critérios que o magistrado deve utilizar quando da aferição do valor do dano moral, para que ocorra uma reparação mais justa, é a análise detalhada das condições econômicas tanto da vítima como do ofensor, priorizando um valor indenizatório capaz de compensar a dor daquele que sofreu o dano e punir o causador.

Dessa forma, mesmo que a condenação vise a reparação pelo prejuízo, ela também objetiva a inibição da prática de atos semelhantes por parte do ofensor, sendo igualmente fundamental que a reparação pecuniária não extrapole a medida do possível, ou seja, não prejudique a tutela jurisdicional em virtude da impossibilidade prática da execução da decisão.

De outro lado, a imposição de pagamento de obrigação pecuniária a título de danos morais em valores muito além da condição econômica da própria vítima representaria forma de enriquecimento ilícito, causando a alteração repentina da sua situação econômica.

Considerando-se os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira⁷⁰, observa-se a importância da adoção desse critério:

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 115.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas se é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório.

Conforme entendimento de Maria Helena Diniz⁷¹, para a avaliação do dano moral o magistrado deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do dano e na capacidade econômica do ofensor, evitando que a reparação tenha um valor baixo que não seja capaz de alcançar sua função sancionatória, pedagógica, preventiva e repressora.

Tão importante quanto a compensação da vítima, é a punição concreta e efetiva do responsável pelo dano. Aquele que causa um dano moral tem de ser efetivamente punido pela lesão causada, de tal forma que sinta o peso negativo da sua conduta.

4.2.2 Grau de culpa do ofensor

A culpa, em sentido amplo, de quem cometeu a ação ou a omissão é um dos critérios a ser adotado pelo magistrado para arbitramento do valor da indenização do dano moral, em razão da sua natureza punitiva.

A respeito da culpa, Mário Corrêa⁷² nos ensina:

No sentido amplo, a culpa abrange o aspecto da intenção de prejudicar, fazer mal por vontade orientada, vale dizer, implica na aceitação do dolo, mas, no seu verdadeiro sentido, a culpa *stricti juris*, se completa na violação de um dever jurídico preestabelecido, mas sem o intuito deliberado de praticar um mal ao direito alheio, a bem dizer, é culpado sob o prisma de ter procedido sem os elementares cuidados na previsão, com negligência ou imprudência, em ação ou omissão prejudicial ao direito alheio.

Para se atingir a sua finalidade punitiva, o arbitramento do valor da reparação poderá ser reduzido ou aumentado de acordo com o grau de culpa por parte do ofensor.

⁷¹ DINIZ. Maria Helena. Op. cit., p. 101.

⁷² CORRÊA. Mario A. **Atos, fatos, negócios jurídicos e bens**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 800.

Na doutrina tradicional encontra-se a culpa nos seguintes graus: levíssima, leve e grave. Conforme Francisco Amaral⁷³, a culpa levíssima ocorre quando há a falta do cuidado extraordinário que somente uma pessoa dotada de grande perspicácia, perita, ou que detenha um conhecimento específico para o caso concreto, poderia aplicar.

Por sua vez, a culpa leve é constatada quando há a infração de um dever de conduta destinado ao homem médio, ou seja, situações em que um homem comum não descumpriria o dever de conduta.

No referente à culpa grave, esta ocorre quando há violação da diligência mínima, onde é evidente a atitude grosseira do agente pela falta de cautela realizada de forma consciente, aproximando-se do dolo. Isso porque a doutrina entende que essa modalidade ocorre quando o agente causador da lesão prevê a possibilidade de ocorrência do resultado, mas acredita que sinceramente não ocorrerá.

4.2.3 Gravidade, natureza e repercussão do dano

Trata-se do critério para fixação do *quantum* indenizatório que busca reparar o dano causado à vítima pela gravidade, natureza e repercussão da ofensa ou da lesão.

O ressarcimento do dano moral nem sempre é possível pela restituição *in natura* do bem lesado, entretanto não poderá se afastar de sua função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida.

No critério de medida e extensão do dano a verificação da repercussão pública originada pelo fato lesivo, além de suas circunstâncias fáticas são elementos consideráveis no arbitramento do valor reparatório, buscando a compensação à vítima mais próxima da equidade, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.

Por fim, o terceiro critério objetivo a ser levado em consideração, é a gravidade do dano, que engloba não só a sua natureza, a intensidade do sofrimento do ofendido e a posição social e política do mesmo (repercussão do dano), mas igualmente a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor-responsável.

⁷³ AMARAL. Francisco. Op. cit., p. 557.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Nesse diapasão, vale ressaltar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à mingua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano.” (AgRg no REsp 700.899/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 06/03/2008)⁷⁴ (Anexo I)

Entende-se assim que, ao se definir o montante indenizatório deve ser considerada a extensão e natureza da lesão, atentando-se para as peculiaridades do caso concreto, ao caráter antissocial da conduta danosa e averiguando-se o real valor do prejuízo sofrido pela vítima, dado o caráter de compensação atribuído ao dano moral e a necessidade de, através da prestação pecuniária, amenizar a dor e o sofrimento.

Um caráter inerente ao dano moral é a subjetividade dessa espécie de dano, que conduz o magistrado à uma análise subjetiva não só da sua real existência, como também de sua extensão, ou seja, o *quantum* indenizatório.

Diante da omissão da lei em fixar elementos objetivos, a dosagem e mensuração da indenização por dano moral têm caráter basicamente subjetivo, recaindo sobre o magistrado a difícil tarefa de quantificar o valor da indenização, utilizando-se do princípio do livre convencimento do juiz, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, sem deixar de lado, as circunstâncias de cada caso concreto.

Corroborando o estabelecimento dos critérios supracitados, Francisco Amaral⁷⁵ ensina que:

Defere-se ao prudente arbítrio do juiz, baseado na equidade, a valoração do dano moral e a fixação do montante indenizatório, observados os seguintes critérios que a doutrina e a jurisprudência têm estabelecido: o grau de culpa do ofensor, suas condições econômicas, as consequências e circunstâncias do evento danoso, o comportamento, idade e sexo da vítima, a gravidade da lesão, localização das sequelas, a permanência do sofrimento.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 700.899/RN**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. DJe 06/03/2008.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 575.

4.2.4 Princípio da razoabilidade

Importante destacar que os princípios constitucionais têm a função de serem os primeiros elementos a serem considerados nas interpretações das normas de todo ordenamento jurídico pátrio.

Conforme os ensinamentos do distinto professor Francisco Amaral⁷⁶:

O reconhecimento dos princípios como fundamentos constitutivos e normativos do direito e como elementos do sistema do Código Civil, conduz então à possibilidade de um novo modelo interpretativo, a interpretação conforme os princípios. Aplicar um princípio significa formular uma regra com base na qual se resolve o caso em questão, modificando-se a convicção, comum na ciência do direito, de que as regras jurídicas já se encontram definidas antes da sua aplicação e que, portanto, a tarefa do juiz seja limitada a pescar a regra adaptada ao caso.

Nessa perspectiva, ou seja, na omissão de critérios objetivos para a fixação do valor reparatório, o princípio da razoabilidade tem a função de preencher essa lacuna, com elementos de análise que motivam a fixação do *quantum*. Esse princípio estabelece o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins almejados.

O magistrado diante da possibilidade de utilização desse princípio para arbitramento do valor da reparação obedece a critérios admissíveis do ponto de vista da razão, em harmonia com o discernimento normal das pessoas, analisando a conduta da vítima, a intensidade de seu sofrimento, seus princípios, sua posição social e econômica, seu grau educacional, profissional e cultural, além dos efeitos psicológicos causados pelo dano. Devendo ser considerados também, os elementos como a reincidência do ofensor e a sua condição financeira para que se alcance a razoabilidade na fixação do *quantum debeatur*.

4.2.5 Princípio da proporcionalidade

Esse princípio é fundamental para que as normas jurídicas sejam aplicadas de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, as variações de interesses

⁷⁶ AMARAL. Francisco. Op. cit., p. 93.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

contrários que fazem parte de uma mesma solução jurídica. Por isso, o magistrado tem o dever de analisar os casos concretos na correspondência com a norma vigente, adequando-a à realidade.

Assim, o princípio da proporcionalidade representa a linha de coerência a ser seguida pelo magistrado no arbitramento do valor do dano moral, não podendo ser elevado a ponto de deixar na miséria o agente causador do dano, ou de enriquecer sem justa causa a vítima. Também não pode ser esse valor tão inferior, que possibilite um benefício ao lesante ou lhe dê ânimo a cometê-lo novamente.

O valor fixado como reparação do dano moral, por esse princípio, não pode deixar de ter seu caráter punitivo, servindo como medida pedagógica de correção social do ofensor, e de compensação à vítima pela situação de lesão à sua personalidade, havendo violação ao princípio da proporcionalidade sempre que o magistrado deixar de considerar tais valores, priorizando um, em sacrifício de outros.

Leciona a eminente professora Maria Helena Diniz⁷⁷:

Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, não só atender ao princípio da razoabilidade, como também ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, sendo caso de responsabilidade civil subjetiva, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso *sub examine*. Deverá levar em conta as circunstâncias do fato e sua repercussão e exequibilidade do encargo a ser suportado pelo devedor.

⁷⁷ DINIZ. Maria Helena. Op.cit., p. 105.

5 NOVA PERSPECTIVA PARA A QUANTIFICAÇÃO INDENIZATÓRIA DO DANO MORAL

No que se refere à indenização por danos morais, no ordenamento jurídico brasileiro, não existe o critério de tarificação, no qual o *quantum debeat* seria prefixado, o que segundo alguns doutrinadores, não seria conveniente, pois o causador do dano iria conhecer com antecedência o valor a ser pago antes de cometer o ato, possibilitando saber o que seu ato ilícito geraria e até mesmo chegar à conclusão de que poderia valer a pena praticar a infração.

Dessa forma, predomina em nosso ordenamento jurídico o critério do arbitramento do juiz, que institui que quando a obrigação for indeterminada e não houver lei para regê-la, a indenização deverá ser fixada apurando-se as perdas e os danos.

O Código Civil Brasileiro prevê a liquidação por artigos e arbitramento, havendo diversas críticas acerca do arbitramento em razão da discricionariedade do livre arbítrio do juiz, podendo ele fixar um valor alto ou baixo, ainda assim estando de acordo com a lei:

Além de admitida e garantida sua reparação, a Constituição da República Federativa do Brasil não estabelece nem a admite limites quanto à fixação do seu valor. O sistema brasileiro é também, nesse aspecto, aberto e flexível, estabelecendo a equidade como critério básico de valoração do dano à pessoa de natureza não-patrimonial⁷⁸.

Mesmo diante de tantas polêmicas, existem doutrinadores que defendem a tarificação como critério para o juiz fixar a indenização por danos morais, vendo no sistema tarifado o melhor critério, desde que fixe valores mínimos e máximos mais flexíveis, de modo que o julgador tenha liberdade na estipulação do *quantum debeat*.

Como mencionado anteriormente, a jurisprudência, principalmente pela Súmula nº 281 do Superior Tribunal de Justiça afastou a tarificação como parâmetro para estabelecimento do *quantum indenizatório*.

⁷⁸ AMARAL. Francisco. Op.cit., p. 569.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

No entanto, alguns doutrinadores brasileiros defendem a implantação de um sistema que estabeleça critérios objetivos a serem seguidos pelo magistrado no arbitramento da reparação do dano moral, acreditando que por meio desse mecanismo seria possível eliminar do ordenamento jurídico todas as decisões consideradas desiguais e contraditórias.

Um dos principais adeptos da tarifação é o doutrinador Rui Stoco⁷⁹:

Poder-se ia pensar para essas margens algo em torno de 10 a 360 salários mínimos, com um parágrafo no preceito regulamentador, estabelecendo que, em casos excepcionais e plenamente justificados pelas circunstâncias do fato, esse valor máximo poderá ser sua decisão, esclarecendo as razões da causa especial do aumento.

Compartilha do mesmo ponto de vista Maria Helena Diniz⁸⁰:

Parece-nos que deverá haver uma moderação na quantificação do montante indenizatório do dano moral, sem falar na necessidade de previsão legal contendo critérios objetivos a serem seguidos pelo órgão judicante no arbitramento.

A chamada tarifação do dano moral consiste em predeterminar um valor para que o magistrado tão somente o aplique ao caso concreto, atentando-se aos limites fixados em cada situação, ou seja, estabelecendo-se parâmetros objetivos para a quantificação da indenização por dano moral.

Como estudado, mesmo antes da outorga da Constituição da República de 1988, algumas leis especiais previram a possibilidade de indenização por danos morais.

A Lei 4.117/62, denominada Código Brasileiro de Comunicações, em seus artigos 81 a 88, cuidou de regulamentar a reparação do dano moral puro, decorrente de calúnia, injúria ou difamação veiculadas por radiodifusão, consistente na indenização à vítima dos danos não patrimoniais experimentados, e quanto aos critérios para quantificação do dano moral, cuidou o artigo 84 da referida legislação em predeterminá-los, tarifando, assim, o *quantum* indenizatório⁸¹:

⁷⁹ STOCO. Rui. Op. cit., p. 1879.

⁸⁰ DINIZ. Maria Helena. Op. cit., p. 103.

⁸¹ BRASIL. Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962. Disponível em www.planalto.gov.br.

Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for.

§ 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

Esses artigos foram expressamente revogados pelo artigo 3º do Decreto-lei nº. 236/1967, fazendo com que fossem extintos os critérios de tarifação ou limitação do dano moral constantes no Código Brasileiro de Telecomunicações e, diante disso, substituídas por novo texto, o qual, não obstante, não tratou da reparação civil por dano moral.

Posteriormente, editou-se a Lei de Imprensa de 1967 (Lei nº. 5250), a qual regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação que estendeu a responsabilidade civil às empresas jornalísticas com a previsão de ação de regresso destas contra os jornalistas, ofensores e, ainda, a retração da ofensa.

A Lei de Imprensa estabeleceu parâmetros fixos de indenização, previstos em seus artigos 51 e 52⁸²:

Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes às importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no artigo 50.

Tal tarifação, muito embora perdue no dispositivo legal até a presente data, foi objeto de apreciação pelos nossos Tribunais, restando pacificado a não aplicação

⁸² BRASIL. Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em www.planalto.gov.br.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

de limitação à indenização por danos morais após o advento da Constituição de República de 1988, *in verbis*⁸³:

A responsabilidade tarifada prevista na Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988; desse modo, o valor da indenização por danos morais não está sujeita aos limites nela previstos, tampouco admissível tarifação anômala, por via transversa ou oblíqua, a partir das tabelas praticadas pelo órgão de divulgação, para tempo ou espaço, continentes de valores para cuja definição convergem múltiplos fatores, alusivos a custos operacionais embutidos na atividade-fim da empresa, que nada têm a ver com os que informam a avaliação do dano moral. (REsp 579.157/MT, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 11/02/2008 p. 1) (Anexo II)

Todavia, uma parte da doutrina defende a necessidade de parâmetros diferentes, cujos valores devem ser previamente definidos na própria lei, eliminando-se o livre arbítrio judicial, para a fixação do *quantum* indenizatório.

Araken de Assis⁸⁴ sustenta que:

O repúdio radical à intervenção do legislador, neste assunto, apresenta graves inconvenientes. Aos dois riscos opostos concebíveis – deixar sem cabal reparação o dano ou exagerar no valor da indenização, a título de *punitive damages*, o que ensejou, na América do Norte, a mencionada crise da responsabilidade civil.

Tramitam no Congresso Nacional projetos de leis com o propósito de estabelecer limitações objetivas ao valor da indenização, muito embora não tenham até o presente momento, alcançado êxito. Dentre eles destaca-se o Projeto de Lei 334/2008 (Anexo III), apresentado em 09 de setembro de 2008, pelo Senador Valter Pereira.

O Projeto de Lei n.º 150/1999, que tramitava no Senado, com o propósito de evitar a fixação de valores exorbitantes e díspares no que se refere aos danos morais, pretendia adotar um sistema de tarifações tendo por base a natureza das lesões: para as lesões leves, o juiz poderia fixar a indenização em até vinte mil reais; para as médias, entre vinte mil e noventa mil reais e; para as graves, entre noventa mil e cento e oitenta mil reais. No mesmo sentido, foi o Projeto de Lei da Câmara n.º 7.124/2002.

⁸³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 579.157/MT, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 4ª TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 11/02/2008, p. 1.

⁸⁴ ASSIS. Araken de. Op. cit., p. 582.

Contudo, tendo em vista que os projetos de lei visavam regulamentar o artigo 159 do Código Civil de 1916, que já foi revogado, bem como considerando que não levavam em consideração a desvalorização da moeda e nem a gradação das lesões, o Projeto de Lei do Senado n°. 150/1999 foi arquivado em 28/02/2007, e o Projeto de Lei da Câmara n°. 7.124/2002 foi declarado inconstitucional em 02/09/2008, em especial, diante do entendimento da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania de não ser justo estabelecer valores antes da lesão sofrida.

No Senado Federal ainda há projetos de Lei com o objetivo de tabelar a indenização pelo dano moral. Todavia, não se tem ainda no Brasil, uma tabela para quantificar o dano moral, devendo o juiz aplicar conforme a extensão do dano e a situação das partes.

Entretanto, tramita o Projeto de Lei Senado de nº 334/2008 de autoria do senador Valter Pereira (PMDB-MS), cujo texto inicial é composto por 11 artigos que regulamentariam o dano moral e o alcance da sua composição indenizatória, tabelando a indenização de acordo com o tipo de conduta e de bem jurídico lesionado, visando acabar com as decisões desproporcionais, sendo que o artigo 6º do referido Projeto cria parâmetros para a fixação do valor da indenização por dano moral, na forma a seguir⁸⁵:

Art. 6º. O valor da indenização por dano moral será fixado de acordo com os seguintes parâmetros, nos casos de:
I – morte: de R\$ 41,5 mil a R\$ 249 mil;
II- lesão corporal: de R\$ 4,1 mil a R\$ 124,5 mil;
III- ofensa à liberdade: de R\$ 8,3 mil a R\$ 124,5 mil;
IV- ofensa à honra:
a) por abalo de crédito: de R\$ 8,3 mil a R\$ 83 mil;
b) de outras espécies: de R\$ 8,3 mil a R\$ 124,5 mil;
V- descumprimento de contrato: de R\$ 4,1 mil a R\$ 83 mil.

De acordo com essa proposta, a indenização deverá ser fixada com base em parâmetros objetivos. No caso de morte, o valor não poderá ser superior a R\$ 249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil reais). Se a lesão for ao crédito, o *quantum* estará limitado entre R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) e R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais).

⁸⁵ BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 334 de 09 de setembro de 2008.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

Além do tabelamento, o autor do projeto também estabelece os critérios a serem considerados para a fixação do valor. Na hipótese de morte da vítima, o juiz deverá calcular a sua provável expectativa de vida. Dessa forma, se ocorrer a morte, em idade avançada, o magistrado deverá estabelecer o valor da reparação com base no valor do piso de R\$ 41 mil (quarenta e um mil reais).

Um ponto a ser discutido é que o texto não debate a respeito do poder econômico do ofensor, sendo importante apenas a situação socioeconômica da vítima. É o que se pode observar na tabela a seguir⁸⁶:

DANO	VALOR
Morte	De R\$ 41.500,00 (quarenta e um mil reais) a R\$ 249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil).
Lesão corporal	De R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais).
Ofensa à liberdade	De R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais).
Ofensa à honra	a) por abalo de crédito: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais). b) de outras espécies: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais).
Descumprimento de contrato	De R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) a R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais).

Critérios para o cálculo do valor:

I – o bem jurídico ofendido;

II – a posição socioeconômica da vítima;

III – a repercussão social e pessoal do dano;

IV – a possibilidade de superação psicológica do dano, quando a vítima for pessoa física, e de recomposição da imagem econômica ou comercial, quando pessoa jurídica;

V – a extensão da ofensa e a duração dos seus efeitos;

VI – o potencial inibitório do valor estabelecido.

Apesar da opinião de alguns doutrinadores, que justificam a necessidade do referido projeto em virtude das dificuldades enfrentadas quando da quantificação do dano moral e o respectivo valor indenizatório, verifica-se que ele retira do Judiciário o poder de analisar o caso concreto para a fixação do valor devido, de forma ampla e justa, uma vez que impede o magistrado de ter como base o princípio da razoabilidade

⁸⁶ Ibidem.

e da proporcionalidade, a prudência, a consideração das condições socioeconômicas do ofensor e da vítima, a gravidade do dano e a extensão do mesmo.

6 CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, dada a importância que a dignidade da pessoa humana recebeu do ordenamento jurídico nacional, a reparação dos danos morais foi consagrada como sendo um direito fundamental (artigo 5º, V e X), afastando toda e qualquer discussão aventada anteriormente acerca da sua reparabilidade.

Passou-se ao entendimento de que o dano moral é aquele que decorre de lesão aos direitos de personalidade da pessoa, seja ela física ou jurídica, como o direito à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade, podendo, ainda inclusive, haver composição com o dano material.

No que se refere à natureza jurídica e à finalidade da reparação por danos morais, segue-se a corrente doutrinária que defende o caráter dúplice, desse modo, com a indenização por danos morais, o lesado deve ser integralmente satisfeito, em face da lesão sofrida ao seu direito de personalidade, possuindo tal reparação uma dupla função: compensar a vítima pelos prejuízos sofridos e, concomitantemente, possuir um caráter pedagógico, como uma medida sócio-educativa, com o objetivo de prevenir a prática reiterada da conduta, ou até mesmo, dissuadindo a prática de tal conduta por terceiros.

Em contrapartida ao que ocorre com relação ao dano material, não há quanto aos danos morais, qualquer critério legal objetivo para se fixar o valor da indenização, razão pela qual tem-se a necessidade de seu arbitramento, que ocorre pela via judicial, atendidas, para tanto, algumas peculiaridades.

Hodiernamente, o grande problema enfrentado pelos aplicadores do direito é a inexistência de critérios objetivos a serem utilizados na quantificação do dano moral, ficando a tarefa de mensurar o *quantum debeatur* a cargo do julgador, que se vale de critérios gerais e específicos.

O entendimento de apenas alguns doutrinadores, uma minoria, é de que o sistema fechado seria mais justo, pois não daria oportunidade para abusos e exageros na quantificação do montante reparatório. Em oposição, a maioria concorda com a

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

adoção do sistema aberto, posto que a Constituição Federal de 1988, não estabelece delimitações à reparação do dano moral.

No Brasil, é do magistrado a competência para, subjetivamente, quantificar o valor da indenização do dano moral, tratando-se de uma tarefa difícil, que exige do mesmo preparo técnico, formação cultural, consciência e noção de equidade, suficientes para dar uma resposta justa à sociedade, utilizando-se da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito, bem como considerando as circunstâncias de cada caso em concreto, o grau de culpa, a condição social da vítima e do ofensor e os sofrimentos causados à vítima.

No entanto, a falta de critérios objetivos gera alguns problemas para o sistema judiciário, dentre os quais pode-se apontar a necessidade de um consenso acerca da quantia devida a título de danos morais, a falta de segurança jurídica e a falta de coerência das decisões.

É em razão da inexistência de um regime objetivo que se verificam decisões indenizatórias ora consideráveis, ora insignificantes. As primeiras, na grande maioria das vezes, injustificadas, gerando o enriquecimento sem causa, que é sancionado pelo sistema jurídico brasileiro. As outras, sequer servem para conscientizar o agente a não reincidir. Essa situação causa ao Poder Judiciário abalo em sua credibilidade.

Por outro lado, alguns doutrinadores, bem como projetos de lei, defendem a necessidade de tarifação dos danos morais, ou seja, o pré-estabelecimento de valores para o montante da indenização, cabendo ao juiz tão somente aplicá-las no caso concreto.

Outrossim observa-se, que já existem algumas leis, como a Lei nº.5.250/1967, Lei de Imprensa e a Lei 4.117/62, denominada Código Brasileiro de Comunicações, que cuidaram de pré-fixar o montante da indenização. Não obstante, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa tarifação legal foi rebatida, diante da previsão de reparação integral do dano moral constante no texto constitucional, o que afasta a possibilidade de indenização tarifada.

Em relação à questão da tarifação, há de se considerar esse sistema inadequado para valorar a indenização pretendida como reparação do dano moral. Tal sistema, busca contabilizar as perdas com antecipação à decisão de se cometer um ato ilícito de ordem moral, possibilitando àquele com maior poder aquisitivo, avaliar

os prejuízos, analisando os valores constantes das tabelas pré-estabelecidas, e continuar a praticar atos lesivos em face da dignidade da pessoa humana.

Esse seria o ponto negativo da aprovação do Projeto de Lei 334/2008 que dispõe sobre os danos morais e sua reparação em tramitação no Congresso Nacional. A inclusão de parâmetros legais e objetivos no ordenamento jurídico brasileiro deve ter como objetivo garantir o entendimento e a proteção da dignidade da pessoa humana, o que pode ser inaplicável caso ocorra a tarifação do dano à personalidade.

Seria mais adequado que a norma ao tratar do *quantum* reparatório em caso de dano moral, dispusesse sobre princípios e parâmetros claros e objetivos que venham a nortear a fixação desse valor, não que se utilize dos mesmos critérios e raciocínios praticados na quantificação do valor da reparação do dano material, uma vez que a reparação deste dano e a reparação do dano moral são espécies completamente distintas, não podendo ser tratados como se fossem iguais.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, contribuem para uma solução mais justa do valor da indenização do dano moral, os critérios subjetivos subdivididos em intensidade do dolo ou grau de culpa em sentido amplo por parte do agente causador, vinculação com a teoria do valor do desestímulo e que o bem efetivamente tutelado seja a dignidade da pessoa humana e os critérios objetivos, sendo subdivididos em situação econômica e social da vítima e do ofensor, gravidade, natureza e repercussão do dano e fixação do valor reparatório utilizando-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais, no arbitramento do *quantum* indenizatório, faz-se necessário que não se menospreze a função sancionatória, pedagógica e de prevenção de futuros atos ilícitos, como forma de desestimular novas práticas lesivas ou sua continuidade pelo ofensor.

Sem olvidar que os elementos de formação humana variam significativamente de pessoa para pessoa, bem como o próprio nível econômico, social e intelectual, configurando elementos na formação do comportamento, influenciando efetivamente na constituição das regras de moralidade.

Da mesma forma, a tarifação nos moldes em que se apresenta não se coaduna com a finalidade da reparação, pois nem ao menos considera os critérios

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

objetivos e subjetivos quando da quantificação, não representando, dessa maneira, uma reparação justa e adequada ao caso concreto.

Sobre a questão da quantificação do dano moral, faz-se imprescindível reiterar que embora não exista no ordenamento jurídico pátrio norma constitucional ou infraconstitucional que estabeleça critérios objetivos para o arbitramento da reparação, a doutrina e a jurisprudência têm fornecido elementos para auxiliar o órgão jurisdicional na resolução das demandas submetidas à sua jurisdição.

Inexiste critério objetivo para estabelecimento do exato valor deste dano, simplesmente porque é impossível avaliar a dor, o constrangimento, a auto-estima de uma pessoa, destarte, não se mostra equitativo instituir valores antes da lesão sofrida, sendo o adequado que a fixação do *quantum* seja definida durante a apreciação, pelo juiz, de cada caso.

Em conclusão, com as noções referidas, tem-se que o magistrado, na função de julgador, é personagem singular na fixação do *quantum* indenizatório, devendo estar apto a propiciar, no julgamento submetido à sua autoridade, resposta necessária para a satisfação do interesse do lesado, de forma coerente e equitativa, dentro dos princípios norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade, segundo parâmetros decorrentes da doutrina e da jurisprudência, apropriados para contribuir com a inibição de atos ilícitos que venham a proporcionar efeitos lesivos.

Não seria viável a fixação pela lei de valores máximos e mínimos para a compensação do dano moral, mas que a norma jurídica indicasse critérios objetivos ou bases que oferecessem ao magistrado margens de avaliação judicial, para uma reparação equitativa. Dessa forma, haveria a diminuição, da ocorrência de diferenças em decisões sobre casos semelhantes, as decisões seriam mais justas e o instituto não estaria tão banalizado.

É recomendável que haja equilíbrio na fixação do *quantum* indenizatório, pois muito embora prevaleça entre nós o critério do arbitramento, no qual confere-se ao magistrado a prerrogativa de fixação segundo seu livre critério, este deverá sempre ater-se aos princípios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade quando do seu arbitramento, de modo a evitar que a repercussão econômica da indenização se converta em enriquecimento ilícito de uma das partes, ou ainda, que o valor seja tão ínfimo, que se torne inexpressivo.

É certo que não há como saber se o tabelamento seria a solução mais adequada para a quantificação do dano, pois cada caso tem sua peculiaridade, além do que, esse sistema pode dar ensejo a demandas infundadas, com um único objetivo de ganhar o valor fixado na lei, deixando o principal, que é a restauração da dignidade do ofendido e a punição do ofensor, para que não volte a praticar a conduta ilícita.

7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASSIS, Araken de. *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 575.

BARBOSA, Jovi Vieira. *Dano moral: o problema do quantum debeat nas indenizações por dano moral*. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Senado. *Projeto de Lei nº 334 de 09 de setembro de 2008*. Disponível em www.senado.gov.br

_____. Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962. Disponível em www.planalto.gov.br.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 579.157/MT*, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 4ª TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 11/02/2008.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 700.899/RN*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. DJe 06/03/2008.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Saraiva de Legislação).

CORRÊA, Mario. *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

_____, Carlos Roberto. *Direito das obrigações, parte especial, tomo II: responsabilidade civil*. – São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção sinopses jurídicas; v. 6.

Dano Moral: Inexistência de Critérios Objetivos para a Fixação do Quantum Indenizatório

_____, Carlos Roberto. *Direito das obrigações – Parte especial, tomo II: Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. *Do dano moral. Teoria, Legislação, Jurisprudência e Prática*. São Paulo: Editora Lawbook, 2000.

NETO, Miguel Kfourri. *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 4.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.