

CLAUDIA REGINA BENTO DE FREITAS

O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO EM DANO MORAL:  
ASPECTOS RELEVANTES PARA A SUA FIXAÇÃO E  
SUAS REPERCUSSÕES NO MUNDO JURÍDICO

Artigo Científico apresentado à Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,  
como exigência para obtenção do título de  
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup> Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof Marcelo Pereira etc.

Rio de Janeiro

2009

**O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO EM DANO MORAL:  
ASPECTOS RELEVANTES PARA A SUA FIXAÇÃO E  
SUAS REPERCUSSÕES NO MUNDO JURÍDICO**

**Claudia Regina Bento de Freitas**

Graduada pela Universidade Estácio de  
Sá. Advogada. Juíza Leiga em Exercício.

**Resumo:** O Dano Moral, embora seja um tema muito presente na vida de todo profissional de Direito, ainda é, em via de regra, algo que não se tem a exata compreensão, o que dificulta a própria argumentação jurídica. No presente trabalho, busca-se inicialmente conceituar o dano moral (ou dano extrapatrimonial), apresentando sua distinção em relação ao dano material (ou dano patrimonial), bem como situar os parâmetros de responsabilidade civil e o binômio direito-dever de indenização, no que tange ao dano moral. Em seguida, busca-se estabelecer a importância do dano moral no direito brasileiro, analisando-se a evolução histórica do dano moral. A análise dos aspectos subjetivos desta espécie de dano, especialmente em relação ao órgão julgador, é um dos principais aspectos do presente trabalho, abordando-se as diversas teorias e critérios adotados pelos magistrados quando da fixação do quantum indenizatório, analisando-se também a relevância dos princípios constitucionais da razoabilidade e da equidade quando dessa fixação.

**Palavras-chaves:** Dano Moral, *Quantum* Indenizatório, Teorias e Critérios de Fixação.

**Sumário:** Introdução. 1 – O dano moral. 2 – Evolução histórica do dano moral. 3 – Teorias e critérios para a fixação do dano moral. 4 – Princípios constitucionais; Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a fazer um estudo da evolução do Dano Moral dentro do Direito Brasileiro, analisando em especial o aspecto subjetivo desta espécie de dano e suas repercussões jurídicas no que concerne à determinação do valor da indenização.

A Moral do indivíduo, num contexto amplo que engloba não só a própria dignidade humana, como também os direitos da personalidade, é um instituto que conta com proteção constitucional, incluída na Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais, bem como com previsão de reparação civil, em caso de ofensa ou lesão grave a este aspecto da pessoa humana.

Analisar a evolução do dano moral ao longo da história do direito brasileiro e como esse instituto vem sendo abordado pelos órgãos jurisdicionais, será sem dúvida de grande relevância. Isto porque, em face do caráter essencialmente subjetivo do dano moral, essa subjetividade também se reflete no momento em que o juiz irá não só analisar a procedência do pedido, como também fixar o *quantum* indenizatório.

Outro aspecto importante que se busca abordar neste trabalho, é a dificuldade enfrentada pelo Juiz em determinar o grau, a extensão dessa lesão de cunho moral que, embora seja única e individual, varia de pessoa para pessoa, ademais de possuir um caráter essencialmente subjetivo.

A quantificação do dano moral, a determinação do valor a ser ressarcido depende exclusivamente do livre convencimento do juiz e de seus próprios conceitos internos à luz do caso concreto que a ele se apresenta.

Indubitavelmente, a quantificação do dano moral apresenta-se como uma real dificuldade para o magistrado. Ele que, em via de regra tem a objetividade como parâmetro de julgamento, no caso do dano moral vê-se obrigado a determinar um valor indenizatório, de cunho essencialmente subjetivo, utilizando-se de parâmetros próprios, os quais podem ter uma conotação completamente distinta daquela que norteou 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, ao longo da formação jurisprudencial, são aspectos de grande relevância, que também serão abordados no transcorrer deste trabalho.

Alguns princípios basilares no Direito Brasileiro, tais como a razoabilidade e a equidade, devem sempre estar presentes quando do exercício de toda e qualquer tutela jurisdicional. Assim sendo, outro objeto de estudo neste presente trabalho será verificar se efetivamente tais princípios coexistem quando o julgador, ao determinar o valor da indenização, deixa-se nortear por um destes critérios de fixação.

No presente trabalho, adotar-se-á. Como tipo de metodologia, a pesquisa histórica e teórica, tomando-se por base a doutrina especializada sobre o tema, bem como a jurisprudência atual adotada pelos Tribunais Superiores.

## **1 – O DANO MORAL**

A simples definição de dano moral já se mostra extremamente complexa, e envolve vários aspectos. Segundo Fernandes (2000), a expressão dano moral engloba dois termos bem distintos: dano, que advém do termo em latim *damnu*, mal que se faz a alguém; estrago ou prejuízo causado por alguém em coisa alheia, e moral, derivada do termo em latim *morale*, conjunto de faculdades morais humanas; tudo o que diz respeito à inteligência ou ao espírito, por oposição ao que é material. Assim, tem-se a definição de dano moral como sendo uma lesão do patrimônio abstrato ou imaterial de alguém, que consiste num bem ético-jurídico-social: a liberdade, a honra, a dignidade pessoal, a boa fama, a consideração pública, o crédito, etc.

Segundo Silva (2005), alguns doutrinadores, tais como René Savatier e Sílvio Rodrigues, entendem o dano moral como o sofrimento, dor, tristeza infringidos injustamente a outrem, porém ressalta que, para outra parte da doutrina, como Eduardo Zannoni, a principal característica para a conceituação do dano moral seria o seu caráter não patrimonial, ou extrapatrimonial, que assim o distinguiria do dano material. Silva (2005) aduz também que, para outros doutrinadores, como C. F. Gabba e Maria Helena Diniz, há o entendimento de que o dano moral teria um caráter misto, qual seja, deve-se aliar à dor o caráter de não patrimonialidade.

Cavaliere Filho (2005) entende que, com a vigência da Constituição Federal de 1988, iniciou-se um novo marco no direito brasileiro, revolucionando todos os conceitos tradicionais de dano moral e estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revelar-se-ia mais apropriado chamá-lo de “dano imaterial ou não patrimonial”, sendo portanto insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado.

Verifica-se uma clara distinção entre os danos moral e material. Todavia, a principal característica distintiva entre os dois não é a natureza da lesão, o que ocasionou tal ofensa, mas sim os efeitos daquela lesão, a repercussão que esta teve sobre o ofendido e seus bens tutelados. Enquanto no dano material há uma diminuição patrimonial e, comprovados os danos, há que se ressarcir a perda, recompondo o *status quo* patrimonial do ofendido, no dano moral, essencialmente extrapatrimonial, imaterial, a grande questão é a determinação do *quantum* indenizatório, haja vista ser indeterminável pecuniariamente.

Em se tratando de dano moral, o que se requer não é a reparação do dano, o ressarcimento da perda sofrida. Como preleciona Silva (2005), o que se busca é alcançar uma satisfação compensatória, um meio de atenuar as conseqüências da lesão jurídica sofrida pela vítima. É difícil não só se delimitar o direito a tal indenização, mas também comprovar o dever de arcar com esta indenização.

O fator primordial para o surgimento do direito à reparação por dano moral é a própria lesão a uma das características que compõe a moral do indivíduo, qual seja, uma violação a um de seus direitos da personalidade ou que afete diretamente um dos aspectos inerentes à própria dignidade humana, ou até mesmo provoque sofrimento, dor, àquela pessoa.

Independente do caráter desta ofensa, o direito à reparação nasce no momento em que esta lesão ocorre, ocasionada por outrem, sem qualquer responsabilidade por parte daquele que sofreu a ofensa.

Os elementos básicos de toda e qualquer reparação civil, devem também estar presentes na reparação por dano moral, quais sejam: o ofendido, ou seja, aquele que sofreu a lesão, que teve um prejuízo de cunho imaterial provocado por outrem; o ofensor, aquele a quem se imputa a responsabilidade pela lesão ou

prejuízo sofrido pelo ofendido; e a própria lesão, ou dano, de cunho moral, ou extrapatrimonial, que embora não possa ser quantificado monetariamente, é indubitavelmente uma ofensa a um direito daquela pessoa, tutelado pela legislação brasileira, devendo haver, pois, uma compensação por tal sofrimento. Assim sendo, o dever de reparação, conforme estabelece o artigo 927 do Código Civil, se origina com o próprio ato, de cunho ilícito, praticado pelo ofensor.

O Código Civil, em seu artigo 186, ademais de definir o que seria um ato ilícito, inclui, nessa definição, o dano de cunho estritamente moral, estabelecendo que comete ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que apenas moral.

Havendo, pois, a prática de um ato ilícito (ofensa, lesão, dano à moral), sofrido pelo autor, ofendido, e comprovadamente praticado pelo réu, ofensor, ou seja, existindo o nexo de causalidade entre a lesão sofrida por um, e o ato praticado pelo outro, passa então a existir, o binômio direito-dever de reparação.

## **2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Em se tratando de uma matéria altamente controversa, de cunho essencialmente subjetivo, o dano moral vem sendo tratado de formas distintas, ao longo da história humana e, segundo Delgado (2005), há evidências de formas primitivas de proteção a este instituto já na Antigüidade, nos Códigos de Ur-Nammu, Manu e Hamurabi.

No Brasil, o dano moral esteve presente desde os primórdios da formação do direito brasileiro, tendo, a cada época, uma forma de abordagem, de entendimento de tal lesão como passível ou não de reparação. Mas é certo que houve uma real evolução na proteção jurisdicional do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da completa negação de sua reparação (por entender-se ser impossível reparar uma dor, um sofrimento), passando por uma fase em que esteve atrelado ao dano material (só seria indenizável se comprovada a existência de um dano patrimonial, sendo o dano moral um reflexo do dano material), até os dias atuais, em que já se encontra dissociado do dano material, podendo inclusive ser requerida sua tutela de forma única.

Talvez uma das mais antigas referências à indenização por dano moral, encontrada historicamente no direito brasileiro, está no Título XXIII do Livro V das Ordenações do Reino (1603), que previa a condenação do homem que dormisse com uma mulher virgem e com ela não se casasse, devendo pagar um determinado valor, à título de indenização, como um “dote” para o casamento daquela mulher, a ser arbitrado pelo julgador em função das posses do homem ou de seu pai.

No Código Criminal de 1830 há referências à proteção e direito de ressarcimento por danos extrapatrimoniais, determinando que a indenização deveria ser a mais completa possível e, na dúvida, decidida à favor do ofendido.

Essa espécie de reparação, embora ainda atrelada ao dano patrimonial, pode ser vislumbrada também na Consolidação das Leis Civis, nos Artigos 86, 87, 801, 804 e 829, que previam indenizações de natureza não patrimonial.

A proteção à honra da mulher esteve intrinsecamente ligada à própria origem, no direito brasileiro, da reparação por dano moral. Tanto que, no Código



Penal de 1890, inclui-se o Artigo 276, assegurando uma prestação pecuniária satisfatória de dano moral, em caso de atentados contra a honra da mulher; e o Artigo 70, que determinava que a indenização do prejuízo sofrido fosse regulada pelo Direito Civil.

Seguindo historicamente, tem-se nova abordagem à reparação por dano extrapatrimonial no Decreto nº 2681/1912, que determinava a responsabilidade civil das estradas de ferro do Brasil. A grande inovação introduzida por esse decreto, em especial em seu artigo 21, foi estabelecer, no direito brasileiro, a possibilidade de indenização cumulativa de dano patrimonial e dano extrapatrimonial, ambos decorrentes de um mesmo fato. Tal dispositivo serviu, durante várias décadas, como fundamento de decisões prolatadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, num do STF, de 1976 (RE 82.296), 1976, em que se entendeu que, não obstante o fornecimento de aparelhos ortopédicos pudessem amenizar o mal sofrido, não arrebatavam a dor moral, a qual, na mulher solteira e jovem, merecia ser reparada.

Com o Código Civil de 1916, o dano moral passa a figurar de forma mais presente no ordenamento brasileiro, sendo reconhecível em vários dispositivos, tais como os artigos 76, 1531, 1.541, 1.542, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550.

O artigo 1.537 foi objeto de intensa discussão no meio jurídico e doutrinário, sobre se tal dispositivo comportava ou não uma reparação de cunho não patrimonial. Embora ele estabeleça um rol taxativo quanto as espécies de indenização possíveis decorrentes de homicídio, o termo luto de família, para alguns, continha elementos de ressarcimento não patrimonial. Entretanto, o que efetivamente se observa neste dispositivo e nos demais subsequentes, é que, no

que tange a danos causados à integridade física, o legislador não assumiu, efetivamente, uma posição pró-ressarcimento extrapatrimonial.

O Artigo 1.553, embora não traga nenhum contexto explicitamente de ressarcimento por dano extrapatrimonial, contudo, abre uma brecha no ordenamento jurídico brasileiro vigente àquela época, outorgando ao juiz estabelecer, por arbitramento, uma indenização não patrimonial nos casos não previstos naquele Capítulo, devendo ser fixada a indenização por arbitramento.

O que se evidencia nesses diversos artigos do Código Civil de 1916 mencionados é que, muito embora o dano moral já fosse algo considerado de relevância pelo legislador daquela época, esse instituto foi abordado com uma enorme cautela, muito provavelmente buscando-se evitar que tal ressarcimento viesse a ser objeto de abusividade, tanto por parte dos ofendidos, quanto por parte do órgão judiciário, responsável pelo arbitramento de tais valores.

A antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/1945) também apresentava dispositivo similar ao artigo 1.531 do CC/1916, determinando em seu artigo 20 que, na sentença que denegasse a falência, haveria a condenação daquele que por dolo requerera a falência, do pagamento de indenização ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos.

Um grande avanço no que tange ao ressarcimento do dano moral, independente da existência ou não de um dano patrimonial, se auferiu com o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962) que, em seus artigos 81 a 88, assegurava às vítimas de ofensas decorrentes de calúnia, difamação ou injúria, veiculadas por radiodifusão, o direito expresso à reparação pelos prejuízos de natureza não patrimonial que tivesse experimentado, sendo que o montante não poderia ser inferior a 5 (cinco) nem superior a 100 (cem) vezes o salário mínimo

vigente no país (art. 88). Tal norma não só foi a precursora do ressarcimento do dano moral puro, independente de existência ou não de indenização patrimonial, como também estabeleceu o primeiro critério de tarifação, quando da fixação do quantum indenizatório, estabelecendo os limites para o arbitramento judicial.

Também na Lei de Imprensa (Lei 5.250/1962), o artigo 12 estabelecia que, em havendo abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação através dos meios de informação e divulgação, aqueles que o praticassem responderiam pelos prejuízos causados. E mais especificamente, no seu artigo 49, estabelecia a obrigação de reparação por danos extrapatrimoniais por aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, violasse direito, ou causasse prejuízo a outrem, ficando então obrigado a reparar tanto os danos morais quanto os materiais.

O ressarcimento por Dano Moral também está presente no Código Eleitoral Brasileiro (Lei 4.737/1965), no artigo 243, § 1º, o qual estabelece que o ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independente da ação penal, poderá demandar no Juízo Cível a reparação do dano moral, respondendo o ofensor e o partido político deste, solidariamente, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência já previa o ressarcimento por dano moral, conforme decidiu o STF, no julgamento, em 1970, do RTJ 56.783, entendendo que, em caso de morte de menor em acidente de trânsito, inclui-se na condenação a indenização dos lucros cessantes e do dano moral, além de despesas de funeral, luto e sepultura.

Mas, indubitavelmente, a entrada em vigor da CRFB/1988 é um marco divisor na história do Dano Moral e seu Ressarcimento, no direito brasileiro, haja

vista que o legislador, ao elaborar o referido texto constitucional, incluiu no artigo 5º, que estabelece os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, dois incisos (inciso V e X), os quais asseguraram não só embasamento legal para o ressarcimento por dano moral, como também determinaram sua independência ressarcitória, ou seja, a possibilidade de reparação por dano extrapatrimonial, independente da existência de dano patrimonial.

Conforme dispõe o inciso V do artigo 5º da CF, é assegurado a todos o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Assim, o legislador conferiu ao dano moral e ao dano à imagem o status de direito constitucional, assegurando-lhes o direito de ressarcimento, independentemente da existência ou não de dano patrimonial.

Já no inciso X, do artigo 5º da CRFB, que estabelece a inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-se o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, o legislador manteve a independência entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial e o seu caráter de direito constitucional, e também enriqueceu, legislativamente, o conceito de proteção extrapatrimonial, ao determinar a inviolabilidade de aspectos fundamentais dos direitos do próprio ser humano (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas), denominados de direitos da personalidade.

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, que também trouxe grandes avanços no âmbito da reparação extrapatrimonial, como se verifica no artigo 6º desta lei, que trata dos direitos básicos do consumidor, garantindo ao consumidor o direito à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; bem como acesso aos órgãos judiciários e

administrativos, com vistas à prevenção ou reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos.

O marco mais recente e importante na evolução histórica do dano moral no direito brasileiro é o novo Código Civil, em vigor desde Janeiro de 2003. As principais inovações trazidas por este texto legal, estão no artigo 186, que estabelece que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, e o artigo 187, que determina, de forma similar, que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos para o fim econômico ou social, boa-fé ou pelos costumes. Nesses referidos artigos, são observadas não só a confirmação do dano extrapatrimonial como sendo reparável, independentemente do dano patrimonial, como também a ampliação dos aspectos subjetivos desta espécie de dano, uma vez que o simples exercício de um seu direito será passível de ressarcimento a outrem, quando, ao exercê-lo, o titular deste direito exceder os limites determinados pela sociedade.

O Novo Código Civil também estabelece, nos artigos 927 a 943, a responsabilidade civil com hipóteses de obrigação de indenizar e, nos artigos seguintes, apresenta aspectos e determinações quanto à própria indenização.

### **3 – TEORIAS E CRITÉRIOS PARA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL**

A subjetividade do Dano Moral é não só um caráter inerente ao próprio dano, núcleo primordial que justifica a sua existência e sua necessidade de reparação, mas também está presente no cerne do próprio julgamento, acarretando, por parte do magistrado, numa análise subjetiva não só da real existência do dano, como também de sua extensão, ou seja, o *quantum* indenizatório.

Como uma espécie de ferramenta, que possa auxiliá-los quando da fixação do valor a ser indenizável, os juizes, conscientemente ou não, acabam por seguir determinadas linhas-mestra para estabelecer a indenização, ou seja, adotam teorias e critérios para determinar o valor da indenização, buscando assim uma forma de afastar de si próprio, como órgão julgador que é, este caráter subjetivo.

### 3.1 TEORIA DO VALOR DO DESESTÍMULO – *PUNITIVE DAMAGE*

Uma das teorias mais mencionadas nos julgamentos de dano moral é a do valor do desestímulo. Segundo Delgado (2004), o escopo de tal teoria se resume na atribuição de valores milionários às vítimas lesadas, visando a desestimular o ofensor a não mais praticar atitudes que lesionem o patrimônio moral das pessoas.

O fator primordial a se considerar, quando da fixação do valor da indenização, seriam os aspectos subjetivos do agente que provocou o dano, o réu da ação, tendo por base para tal indenização a culpabilidade deste último.

Tal critério, atualmente adotado de forma recorrente no direito norte-americano, teve sua origem no preceito romano *neminem laedere*, cuja expressão completa seria *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere*,

*suum cuique tribuere*, cuja tradução seria: “Estes são os preceitos do Direito: viver honestamente, não prejudicar outros, dar a cada um o seu”, estando presente, a partir daí, em toda a história humana, servindo de base tanto ao direito canônico, como ao direito natural, presente inclusive como norma legal no Código Civil Francês. Historicamente, tal critério visa, a imputar um “castigo” ao ofensor, legando a um segundo plano a própria satisfação do ofendido.

O elemento primordial de tal critério é a culpa, não nos moldes de sua definição clássica de culpa subjetiva, ou culpa psicológica, cuja responsabilidade só se configuraria se a vítima comprovasse a culpa do agente, mas sim a culpa objetiva, ou normativa, que considera como culpa o simples desvio do modelo de conduta adotado por determinada sociedade, a qual seria incompatível com a boa-fé atribuída socialmente. Assim sendo, a responsabilidade passa a ter um caráter objetivo, sendo o agente considerado responsável pela lesão sofrida pela vítima tão somente por descumprir um padrão de conduta estabelecido pela sociedade.

O desestímulo tem em verdade um caráter punitivo, devendo-se estipular, como valor indenizatório, uma quantia significativa o bastante, que possa conscientizar o ofensor de que não deve persistir no comportamento lesivo.

Os que defendem a adoção de tal critério fundamentam que o dano moral seria irreparável, não sendo passível de quantificação, sob pena de se estar atribuindo um dinheiro para a dor, contrariando-se assim toda a moral social. Assim, se a indenização tiver por base o erro ou desvio do ofensor, subjetivamente levando-se em consideração o réu e não o autor, tal reparação passa a ter, socialmente, um caráter moral elevado. Busca então não só alcançar o reequilíbrio social que fora quebrado com aquele ato, como também tornar-se um

exemplo social, demonstrando não só àquele ofensor, como aos demais pares da sociedade, que tal comportamento é inadequado e coibido severamente.

### 3.2 CRITÉRIO DE TARIFICAÇÃO

Outro caminho buscado pelos magistrados para solucionar esta problemática da fixação do dano moral, seria a adoção do critério de tarifação, ou seja, para cada espécie de dano, de caráter extrapatrimonial, seria já previamente estabelecido um determinado valor, sempre aplicável.

No Código Civil de 1916, havia em alguns artigos a previsão de um critério tarifado, quando da fixação do valor indenizatório, como no artigo 1538, o qual previa o dever do ofensor em indenizar o ofendido, no caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, por todas as despesas de tratamento e de lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. Havia ainda, nesse artigo, a previsão de pagamento em dobro, se do ferimento resultasse aleijão ou deformidade.

A Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), revogada recentemente, previa para cada determinado ato infracional, uma correspondente pena pecuniária, sempre expressa em salários mínimos, pelo valor vigente no território nacional.

A tarifação é um critério extremamente controverso na doutrina brasileira, sendo o entendimento majoritário que tal caminho para fixação do *quantum* indenizatório, de cunho extrapatrimoniais, não se apresenta como a melhor solução, tendo em vista a imprevisibilidade destes eventos lesivos. Tal posição é



defendida, entre outros, por Delgado (2004), para quem seria impossível criar uma tabela que abrangesse, não apenas todos os eventos possíveis de ocasionar danos morais, mas também que pudesse prever um valor específico para cada dano.

O fator primordial para o afastamento de tal critério para indenizações de dano extrapatrimonial é o próprio caráter subjetivo deste tipo de indenização, não patrimonial, que não pode ser previamente quantificado e tarifado. Para os opositores à adoção de tal critério, a dor, os sofrimentos morais não podem ser medidos com base em equivalência econômica, pois, caso contrário, se estaria em verdade fazendo da dor um objeto de mercantilismo. Ou seja, a adoção do critério de tarifação equivale a atribuir-se um preço ao dano moral, criando o *pretium doloris* – o preço da dor.

Tal critério configura uma verdadeira involução do dano moral no direito brasileiro, pois o cerne de toda questão debatida amplamente, ao longo destes anos, na defesa da legitimidade do ressarcimento por dano moral, independente do dano material, era de que os valores atribuídos não teriam um caráter indenizatório, por ser meramente impossível atribuir-se um preço à dor, ao pesar, aos reais sofrimentos da alma. Assim sendo, aquele *quantum* judicialmente estabelecido, teria um caráter tão somente compensatório, visando minimizar os sofrimentos a que a vítima foi submetida, sendo de todo impossível ao ofensor restabelecer o estado anterior da vítima, no caso do dano extrapatrimonial.

Todavia, muito embora sejam minoritárias tais opiniões, Delgado (2004) e outros doutrinadores por ele citados, tais como Arnaldo Marmitt e Wilson Melo da Silva, defendem o critério de tarifação. Eles fundamentam seus argumentos no fato de que, com a adoção de parâmetros máximos e mínimos para o dano moral,

afastaríamos o subjetivismo do julgador, do magistrado, cuja imparcialidade é condição essencial para o regular exercício do direito.

Assim, diante da dicotomia subjetividade e imparcialidade, entende Delgado (2004) que, embora tal critério seja evitado de impessoalidade quanto a análise de cada caso em questão, já que estabelece uma tabela para cada espécie de dano ou lesão, ainda seria a solução mais adequada para o direito brasileiro.

Jurisprudencialmente é também controvertida a adoção de tal critério, havendo julgados do STJ contrários a sua aplicabilidade (REsp 153.512 - Publicação: 25/08/1998 – Ministro Relator Sálvio De Figueiredo Teixeira), encontrando-se contudo alguns entendimentos jurisprudenciais favoráveis ao critério de tarifação, o que também se pode observar no texto da Súmula N° 89, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que entende que, em sendo verba compensatória fundada exclusivamente na indevida negativação do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito, mostra-se razoável a fixação do valor no patamar correspondente a até 40 salários mínimos, em moeda corrente.

Todavia, em outros aspectos da relação consumerista a posição majoritária é contra a adoção da tarifação, principalmente quando acarreta em limitação da indenização devida ao consumidor, como no caso de extravio de bagagem, em que o Pacto de Varsóvia estabelece um teto máximo para este tipo de ressarcimento, enquanto o entendimento jurisprudencial se mantém por ultrapassar este limite.

### 3.3 CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO

Não se trata, em verdade, de um critério de determinação do *quantum* indenizatório, mas sim da própria natureza da decisão judicial. Ou seja, é em verdade o poder inerente ao juiz, que lhe é outorgado pelo ordenamento jurídico, por meio do qual deve este, no caso concreto, decidir segundo seu livre convencimento, mantendo-se dentro dos limites estabelecidos pelas partes.

O principal fundamento jurídico que dá embasamento ao livre arbítrio judicial, é o artigo 131 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que o juiz deverá apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas que deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Como se depreende do texto deste artigo, muito embora seja facultado ao juiz arbitrar, ou seja, decidir segundo seu próprio convencimento a lide em questão, mister se faz que ele fundamente, especifique os motivos que o levaram a tomar tal decisão, evitando-se assim que esta sua faculdade – o livre arbítrio, não venha, em verdade, a se transformar numa arbitrariedade.

No que tange ao dano extrapatrimonial, o livre arbítrio judicial é mais do que uma simples prerrogativa do juiz. É, em verdade, o único caminho que lhe se apresenta no momento de determinar o *quantum* indenizatório.

Enquanto no dano patrimonial o valor é documentalmente comprovado e o livre convencimento judicial recai tão somente sobre os fatos que lhe foram apresentados, na indenização por dano moral o caráter é exclusivamente subjetivo, estabelecendo o autor, em seu pedido, um valor que julga ser coerente com o sofrimento e a dor por ele experimentados. Ao juiz cabe, além de se convencer da existência de responsabilidade civil do ofensor para com o ofendido, usar de seu

livre convencimento, para determinar se aquele valor requerido pelo autor é justo, compatível com o sofrimento por ele experimentado.

Atualmente, fundamentado no critério de arbitramento do valor do dano moral pelo juiz, tem sido visto rotineiramente nos processos de responsabilidade civil a adoção, por parte do autor, de pedido genérico, o qual seria, em suma, a expressão do mais livre arbitramento judicial, já que o autor não estabeleceria nenhum valor para o dano moral, deixando a quantificação a critério única e exclusivamente do magistrado, sendo pacífico na jurisprudência que o pedido genérico é admissível, sempre que, como no caso do dano extrapatrimonial, se comprove o *an debeatur*, mas não o *quantum debeatur*.

### 3.4 CRITÉRIO PESSOAL

Tem por base a análise das condições pessoais de cada uma das partes, no momento da determinação do *quantum indenizatório*. Conquanto neste critério ainda subsista a subjetividade do julgador, é, todavia, o critério em que mais se evidencia o caráter subjetivo das partes.

Muito embora a própria Constituição da República Federativa do Brasil tenha por máxima que todos seriam iguais perante a lei, o que se verifica é que cada ser humano é uno, distinto dos demais, reflexo de todo um conjunto social que implicou a formação daquele indivíduo específico, com toda uma bagagem educacional, moral, econômica, social, política, religiosa. Assim sendo, como cada ser é único, inigualável, todo e qualquer evento que venha a ocorrer na

esfera de uma determinada pessoa, pode ter repercussões diferentes para um, da que teria para outro indivíduo, com toda uma bagagem sócio-afetiva distinta.

Sob o aspecto da condição pessoal, o sofrimento e a dor experimentados por um determinado ofendido podem divergir de forma diametralmente oposta daqueles sentimentos vividos por outra pessoa, numa mesma situação. Ou seja, a extensão do sofrimento e conseqüentemente o efetivo dano extrapatrimonial experimentado por um determinado indivíduo, tal qual seu próprio sentimento, é único e varia de pessoa para pessoa.

Segundo alguns doutrinadores, como Delgado (2004), quanto mais elevada a situação sócio-econômica do ofendido, mais intensamente seriam experimentados os sofrimentos decorrentes de um determinado ato lesivo e, conseqüentemente, mais elevada deve ser o valor da indenização por dano moral.

Acredita-se também ser de extrema importância a análise das condições pessoais do ofensor, pois tomando por base os dois parâmetros sociais apresentados com relação ao ofendido – um intelectual e uma pessoa humilde – ao primeiro deverá ser aplicado um maior peso a seus atos e conseqüências do que ao segundo, visto o grau de discernimento atribuído a cada um deles.

Os aspectos subjetivos ou condições pessoais das partes devem se juntar a outros fatores de igual relevância quando da determinação do *quantum* indenizatório, tais como a análise do prejuízo sofrido, a causa geradora do mesmo e o nexos de causalidade, todos de caráter objetivo. Além destes, a repercussão dos danos sofridos pela vítima, resultante do binômio conveniência-oportunidade, deve ser sempre abordado pelas partes e apreciado pelo órgão julgador.

Outro fator, ao lado dos aspectos subjetivo e objetivo das partes, será decisivo quando da quantificação do dano moral: o tempo. O que se depreende é

que a dor, quando intensa e extremamente lesiva aos sentimentos daquela pessoa, ela busca alguma forma imediata de mitigação, de compensação por todo aquele sentimento que, não sendo possível obter diretamente do próprio ofensor, busca-se alcançar na esfera jurisdicional. Não há, portanto, lógica em que o ofendido simplesmente espere o tempo passar, e só muito tempo depois venha a buscar uma compensação, por intermédio de uma ação judicial.

### 3.5 PROJETOS DE LEI SOBRE DANO MORAL

#### 3.5.1 Projeto de Lei N° 7124/2002

Apresentado ao Senado Federal em 08/08/2002, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei N° 7124/2002, que trata especificamente sobre o dano moral e os critérios de quantificação do valor indenizatório.

Os principais pontos abordados neste Projeto de Lei, que tem sido motivo de ampla discussão entre os doutrinadores, são os seguintes:

a) Ofendido: passa a considerar a pessoa jurídica e os entes jurídicos como passíveis de ofensa por dano moral, e não tão somente a pessoa física, estabelecendo, no artigo 3º, que seriam bens juridicamente tutelados destes entes a imagem, a marca, o símbolo, o prestígio, o nome e o sigilo da correspondência.

No que concerne ao ofendido pessoa física, apresenta um rol taxativo de bens suscetíveis a lesão por dano moral, representando, pois, uma restrição da aplicabilidade do dano moral, como se pode observar no texto do artigo 2º, que determina como bens inerentes à pessoa física e juridicamente tutelados pela

referida lei o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a auto-estima e o respeito próprio.

b) Ofensor: admite, em seu artigo 4º, a responsabilidade civil de todos os envolvidos no evento danoso, quer por ação ou omissão, na proporção da participação de cada um.

c) Cumulação com dano material: embora este ponto já esteja pacificado, tanto na doutrina quanto na esfera jurisdicional, este Projeto de Lei especificamente determina, em seu artigo 5º, caput, ser possível cumular dano moral e dano material em relação a um mesmo evento danoso.

d) Lucros cessantes e danos emergentes: determina, no artigo 5º, § 2º, que tais parâmetros não podem refletir na determinação do dano moral.

e) Fixação do *quantum* indenizatório: o ponto mais polêmico deste Projeto de Lei está no artigo 7º, o qual estabelece os critérios a serem adotados pelo juiz, quando da fixação do valor indenizatório. O principal aspecto deste artigo é a efetiva introdução do critério de tarifação na fixação do valor da indenização por dano moral. Com base no texto do §1º do artigo 7º, o juiz, ao julgar procedente o pedido, fixará a indenização a ser paga a cada um dos ofendidos de acordo com a natureza da ofensa: se for leve, o valor não deve ultrapassar o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); ofensa de natureza média, deve ser fixada a indenização entre R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); se todavia a ofensa for grave, deve o valor ser fixado entre R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) e R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). Como se depreende do texto dos Parágrafos 2º e 3º deste mesmo artigo, admite-se que, concomitantemente a adoção do critério de tarifação, deverá o juiz levar em consideração também o critério pessoal das partes. Vislumbra-se também o

critério punitivo, também incluído como parâmetro de fixação do *quantum* Indenizatório, prevendo que, na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.

f) Fator temporal: este Projeto de Lei introduz, em seu artigo 8º, também um o fator temporal (tempo da dor, do sofrimento passível de reparação) no critério de julgamento do Dano Moral, ao prever um prazo prescricional de 06 (seis) meses para interposição de ação indenizatória por dano moral.

### 3.5.1. Projeto de Lei N° 1443/2003

Este Projeto de Lei que, por determinação da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, foi apensado ao Projeto de Lei N° 7124/2002, traz alterações significativas no que tange à fixação do *quantum* indenizatório decorrente de dano moral, estabelecendo parâmetros adicionais, limitadores e, conseqüentemente, de caráter de tarifação, quando da fixação do valor da indenização, como se observa do texto do artigo 2º deste Projeto de Lei, o qual prevê que a indenização do dano moral será fixada em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo. Outro ponto introduzido neste artigo, certamente polêmico e contrário a legislação, doutrina e jurisprudência em vigor, está no artigo 2º § 1º, estabelecendo uma correlação entre o valor indenizatório do dano moral e do dano material, cujas características são essencialmente independentes. Ademais, introduz, no artigo 2º § 2º, a figura da



retratação tácita por parte do ofendido, que pode acarretar em redução ou até mesmo no cancelamento da indenização por dano moral.

#### **4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Independentemente do critério a ser adotado pelo órgão jurisdicional quando da fixação do valor indenizatório, deve, pois, o magistrado primar por uma decisão justa, visto que exercer a justiça é, efetivamente, a função primordial de todo o magistrado, e, conseqüentemente, algo que deveria se buscar alcançar nas sentenças em geral, nisto incluídas as indenizações por dano moral.

Sendo a Constituição Federal a norma hierarquicamente superior da pirâmide normativa, os princípios constitucionais nela contidos devem servir de base às decisões judiciais. Dois princípios constitucionais devem estar presentes no julgamento do dano moral, como base, fundamento à sentença prolatada, sendo essenciais à sua existência e validade: a razoabilidade e a equidade.

Segundo Fernandes (2000), a razoabilidade pode ser definida como tudo aquilo que é razoável, ou seja, que se mostra em conformidade com a razão, que seja moderado, sensato. No ordenamento brasileiro, o aspecto objetivo do princípio da razoabilidade encontra-se previsto na Constituição Federal, expresso pelo princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV da CRFB, mas também representa os meios e fins utilizados pelo legislador, no exercício de seu poder jurisdiciona

É o que se consubstancia como *substantive due process*, a prerrogativa conferida ao judiciário de examinar a compatibilidade dos atos praticados pelas partes, ou seja a adequação dos meios e a legitimidade dos fins que se buscam.

Pelo princípio da razoabilidade, cabe ao órgão julgador, quando da fixação do valor da indenização por dano moral, atribuir a esta espécie de lesão um valor razoável, moderado, que não implique, por um lado, enriquecimento sem causa do ofendido, e por outro lado, que não leve ao empobrecimento do ofensor.

O princípio da razoabilidade está sempre presente nas fundamentações judiciais, sendo intrínseco ao próprio poder jurisdicional, uma vez que o razoável é por certo justo, e Justiça é o que se almeja em toda e qualquer sentença.

Já a equidade, que nas palavras do Professor Aurélio Buarque de Holanda, citado por Delgado (2004), pode ser definida como um conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo, é, sinônimo de equilíbrio e, indubitavelmente, deve estar presente, norteando as decisões judiciais.

Este princípio, de origem histórica na Antiguidade, com Platão, vem do latim *aequitas*, que significa igualdade, justiça, derivada por sua vez de *aequus* – igual, justo – e que, no sentido ético, significa a lei igual e imparcial para todos.

Tal princípio é, pois, ferramenta essencial ao Poder Judiciário, quando da decisão por dano moral, onde a fixação do *quantum* indenizatório implica um critério decisório subjetivo, o qual todavia deverá ser fundamentado, dentro do que se considera como justo. Segundo Carvalho Filho (2003), o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei no ponto em que esta é omissa devido à sua generalidade.

Talvez o grande desafio de todo o julgador, na esfera do dano moral, é não só se convencer de que, de fato, ocorreu uma lesão de cunho extrapatrimonial, subjetiva e intrínseca daquele ofendido, mas também, principalmente, determinar um valor indenizatório que seja, a um só tempo, justo, equilibrado, e, ao mesmo tempo, igualitário, respeitando, pois, os princípios da razoabilidade e da equidade.

## CONCLUSÃO

No transcurso deste artigo, foi feito um estudo da evolução do dano moral dentro do direito brasileiro, dando-se ênfase ao aspecto subjetivo do órgão julgador, com análise mais minuciosa dos critérios adotados pelo sistema jurisdicional brasileiro quando da fixação do *quantum* indenizatório.

Observou-se que, muito embora o dano moral e sua proteção jurídica tenham evoluído bastante no ordenamento brasileiro, este tema ainda se apresenta muito polêmico, particularmente no que concerne ao critério, de caráter subjetivo, a ser utilizado pelo órgão julgador, quando da fixação do *quantum* indenizatório.

Entre os critérios que têm sido amplamente utilizados pelos magistrados, tem-se o critério de *Punitive Damage*, de cunho educativo e penalizador, visando não só a coibir a reincidência por parte do ofensor, como também ser exemplificativo para os demais indivíduos da sociedade. Já o critério de arbitramento, é a modalidade em que o juiz tem a maior flexibilidade para a determinação do valor ressarcitório, em particular quando o autor opta, em sua petição inicial, pelo pedido genérico.

O mais polêmico dos critérios para fixação do *quantum* indenizatório é o da tarifação, no qual se estabelece uma tabela de valores a ser aplicados em função de cada espécie ou graduação de dano moral. Neste sentido, existe o Projeto de Lei nº 7124/2002, em que se pretende estabelecer limites ao dano moral, com base na natureza da ofensa (leve, média ou grave). Este Projeto de Lei, se vier a vigorar juntamente com o Projeto de Lei nº 1443/2003, não só estará efetivamente adotando o critério de tarifação para a determinação do *quantum* indenizatório, como também estará vinculando o valor do dano moral ao do dano material.

O critério de condições pessoais é também muito adotado pelos magistrados, sendo em verdade a própria expressão do Poder Jurisdicional no qual o juiz formula seu julgamento com base nas condições pessoais das partes (autor e réu) e das repercussões causadas por aquela ofensa.

Por último, porém não menos importante, abordou-se a influência dos princípios da razoabilidade e da equidade quando da fixação do dano moral. Não há como se proferir um julgamento justo, dentro dos preceitos que norteiam a magistratura, se tal decisão não estiver fundamentada na razão, na igualdade e principalmente no equilíbrio, que tão sabiamente é o próprio símbolo da justiça.

Em verdade, o que mais se evidencia, é que muito embora o dano moral tenha um cunho subjetivo em relação ao ofendido, o qual experimentou aquela dor, aquele sofrimento ímpar, que só o próprio pode entender, o caráter subjetivo do órgão julgador é muito mais expressivo, muito mais importante, em particular no que concerne ao *quantum* indenizatório. Não obstante possa o ofendido expressar, em palavras carregadas de significado e emoção, aquela lesão sofrida, cabe ao magistrado interpretar subjetivamente aquele sofrimento, segundo seus próprios conceitos e parâmetros sócio-econômicos. Muito embora restem

comprovados a autoria, a lesão e o nexu causal, a extensão daquela espécie de dano, o grau de sofrimento experimentado pelo ofendido, só o entende aquele que efetivamente o sofreu, cabendo ao órgão julgador, ao estabelecer o *quantum* indenizatório, tão somente tentar compreender aqueles sentimentos, aquela dor, e, com base em um determinado critério que ele julgue adequado, fixar o valor.

O que se pode constatar é que, embora o dano moral seja um tema muito presente na vida de todo profissional de direito, ainda é, em regra, algo que não se tem a exata compreensão, o que dificulta a própria argumentação jurídica. Assim sendo, é de suma importância o conhecimento de como essa espécie de lesão está sendo tutelada jurisdicionalmente, conhecer os critérios norteadores quando da fixação do valor indenizatório, permitindo, pois, um melhor embasamento para a argumentação jurídica e, certamente, uma melhor e mais eficaz defesa dos direitos daquele indivíduo que sofreu a lesão.

Ainda há muito a aprender, a discutir acerca do dano moral, em especial quanto a este aspecto subjetivo do órgão julgador e dos critérios para a fixação do *quantum* indenizatório.

Espera-se, com o presente artigo, ser possível trazer alguma contribuição efetiva a este instituto, já tão discutido, denominado dano moral.

**REFERÊNCIAS:**

CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade Civil do Médico* São Paulo: Método. 2005.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas S.A. 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil* 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

*CÓDIGO CIVIL*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

*CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

*CONSTITUIÇÃO FEDERAL*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O Valor do Dano Moral – como Chegar até ele*. 2 ed. Leme/SP: J. H. Mizuno. 2004.

FERNANDES, Francisco. *Dicionário Brasileiro*. São Paulo: Editora Globo. 2000.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético: responsabilidade civil*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2002

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

MUJALLI, Walter Brasil. *Relações de Consumo: Direito do Consumidor*. São Paulo: Universitária de Direito. 1999.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O Dano Moral e a sua Reparação Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.