



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Avaliação do Dano Moral

Raphael Vieira Tavares

Rio de Janeiro
2012

RAPHAEL VIEIRA TAVARES

Avaliação do Dano Moral

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professores Orientadora:

Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro

2012

AVALIAÇÃO DO DANO MORAL

Raphael Vieira Tavares

Graduado pela Universidade Candido Mendes. Advogado.

Resumo: Tema dos mais espinhosos do atual cenário jurídico envolve a fixação das indenizações a título de condenação por dano moral. O crescente número de demandas atinentes à matéria em questão, somado a dificuldade de se mensurar uma compensação relativa a uma alteração emocional negativa, torna a tarefa complexa e os critérios nem sempre objetivos. Nesse contexto, permeia a necessidade de debate acerca de tais critérios para que a jurisdição possa ser apresentada em maior equilíbrio com a isonomia constitucional e com a segurança jurídica. O trabalho proposto tem como essência levantar essa reflexão, apontando para possibilidade de critérios mais uniformes para casos correspondentes, buscando atender o caráter punitivo e compensatório da indenização.

Palavras-chave: Dano moral. Avaliação. Critérios uniformes.

Sumário: Introdução. 1. Critérios de avaliação do dano moral. 1.1. A necessidade de métodos uniformes para avaliação do dano em casos correspondentes. 2. Qual a medida do dano enquanto alteração negativa do estado anímico? 3. Outras formas de condenação. 3.1. A hierarquização dos direitos com ponderação de princípios como critério de fixação. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto aponta a temática aos principais critérios de valoração do dano moral utilizados na jurisprudência do nosso Tribunal. Bem como, enfoca a necessidade hodierna de estabelecer critérios comuns na fixação do dano, sem, contudo, impor uma tabela estéril ou limitar o arbítrio do Juízo.

Nesse sentido, adentra na complexa e subjetiva tarefa do judiciário de estabelecer o equilíbrio na medição de um dano, enquanto alteração negativa do estado anímico do indivíduo.

Dessa forma, a evolução da interpretação quanto ao dano, assim como quanto aos requisitos para responsabilidade, caminharam de forma significativa de acordo com os valores da sociedade e os nuances do judiciário. O trabalho tem o escopo de trazer a reflexão e a discussão sobre os critérios atualmente adotados para fixação do dano moral, assim como sobre a necessidade de se traçar métodos uniformes e equânimes como parâmetros a tais critérios.

Busca-se chamar atenção para uma das maiores e mais polêmicas questões da atualidade no Sistema Judiciário que trata de casos consumeristas, sobretudo no nosso Tribunal de Justiça, qual seja, a valoração e a fixação do dano moral. Tal intento quer trazer a reflexão de operadores do direito sobre o delicado tema, sendo certo que, esta temática sofrerá ainda constantes alterações no nosso ordenamento, por tratar-se de matéria atinente à contínua metamorfose do direito e da sociedade.

1. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DO DANO MORAL

O dano moral, ou extrapatrimonial, ganhou grande destaque quanto a sua reparação nas últimas décadas, sobretudo após a Carta Constitucional de 1988. O novo posicionamento trazido pela nossa Constituição hodierna imprimiu uma ideia pedagógica à reparação do dano, de modo que, muito embora ainda haja discussão doutrinária acerca do conceito punitivo do dano moral, a Lei Maior determinou o ponto final no que tange à cumulação entre danos patrimonial e extrapatrimonial.

Os julgadores utilizam-se de alguns critérios principais para estabelecer a reparação do dano moral, quais sejam: a extensão do dano causado; as condições socioeconômicas dos indivíduos envolvidos; o grau de culpa do agente, do terceiro ou da própria vítima; dentre outros. Alguns juristas defendem também adoção de teses como o método bifásico¹ ou o valor da fixação previsto na legislação (sistema tarifário), assim como a hierarquização de direitos lesados, de acordo com a ponderação de princípios.

Decerto que, a subjetividade do dano moral constitui difícil, ou impossível, missão ao julgador, com relação à recomposição do estado *a quo*, bem como pela compensação pelo abalo moral experimentado pela vítima, haja vista que, na grande maioria das vezes o estado anterior é inalcançável e a dor sentida é imensurável. Dessa forma, o ordenamento pátrio adota o caráter punitivo e satisfatório, sendo certo que, em alguns casos a reparação será revestida muito mais do teor punitivo-educativo do que da natureza compensatória.

Somada à dificuldade de se avaliar a real medida e compensação do dano moral, tem-se o fato de que alguns indivíduos acionam a Jurisdição com claro intuito de enriquecimento sem causa, o que acaba por prejudicar aqueles que buscam uma reparação justa e ingressam no judiciário movidos da mais pura boa-fé. Em meio a aspectos tão subjetivos e espinhosos, cabe ao magistrado estabelecer a melhor harmonia para encontrar a justa medida na reparação do direito da personalidade lesado e os critérios adotados, sempre ancorado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Contudo, inobstante a fixação do *quantum* indenizatório seja do prudente arbítrio do magistrado, observa-se uma complexa tarefa no sentido de se estabelecer parâmetros e critérios objetivos e ao mesmo tempo correspondentes na valoração de tais danos.

¹ Método que aponta dois critérios principais, o bem jurídico lesado e as circunstâncias subjetivas narradas no processo. Busca estabelecer um equilíbrio entre o interesse jurídico lesado e as peculiaridades de cada caso.

1. 1 A NECESSIDADE DE MÉTODOS UNIFORMES PARA AVALIAÇÃO DO DANO EM CASOS CORRESPONDENTES

Nota-se que nem sempre casos semelhantes recebem o mesmo tratamento no julgamento do direito pessoal agredido, com vistas à reparação extrapatrimonial. Isto se dá, principalmente, porque apesar dos critérios para fixação e valoração do dano serem parecidos a interpretação e o convencimento do julgador terá sempre uma parcela pessoal, nos moldes do princípio do livre convencimento motivado.

Ocorre que, a inobservância de métodos e fixações equivalentes para casos comuns, com critérios objetivos correspondentes, deixa a impressão de que não foi feita a devida justiça e fere o princípio da isonomia. Nessa direção, pondera Maria Helena Diniz² quanto aos critérios que devem ser utilizados pelo julgador [...] “l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes; m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares caso *sub judice*, buscando sempre com cautela e prudência objetiva, a equidade.”

Não é necessário pois, que hajam casos estritamente idênticos para que se apliquem as mesmas valorações, tampouco se quer que busque tabelar ou fichar valores padrões para casos iguais, o que resumiria a condição humana a números e tabelas.

A técnica e a sensibilidade do julgador sempre se farão presentes e decisivas, de maneira que, não há que se afastar o intérprete do caso concreto ou limitar a sua atuação, que deve sempre ser livre.

Todavia, quando se dá considerável disparidade entre avaliações de um mesmo dano extrapatrimonial, deve-se atentar para necessidade de unicidade entre as condenações relacionadas ao mesmo contexto, sob risco de instabilidade nos julgamentos, adotando-se assim dois pesos e duas medidas. Nesse sentido, a aplicação de critérios absolutamente distintos para casos equivalentes causa temor também à segurança jurídica.

² DINIZ *apud* MOTA, Lucio. *Secundum Iuris*. Critérios de avaliação do dano moral. Disponível em: <<http://secundumiuris.blogspot.com.br/2010/09/criterios-de-avaliacao-do-dano-moral.html>>. Acesso em 21 nov. 2012.

Imperioso destacar que a vulgarização do dano moral constitui fator negativo, resultado da supervalorização do que seriam pequenos aborrecimentos comuns do dia-a-dia e gerando considerável aumento de demandas junto ao Poder Judiciário. Sob o argumento de se combater tal aspecto negativo, julgadores aplicam de forma tímida a valoração da condenação pelo respectivo dano moral, ao passo que, outros intérpretes não o enxergam unicamente como forma de se auferir lucro indevidamente e buscam que a condenação sirva de desestímulo para prática da conduta danosa.

Essa divergência na utilização dos critérios torna cada vez mais difícil o equilíbrio almejado na reparação do dano moral, com vistas a impedir o enriquecimento sem causa e, na mesma medida, não tornar irrisório o *quantum*, sendo ineficaz a entrega da prestação jurisdicional. A grande variedade na escolha de métodos e critérios pelos julgadores na fixação do valor indenizatório serve como ponto principal para a disparidade no trato de casos semelhantes, do ponto de vista objetivo. Sendo certo que, encontra-se na legislação pelo menos um critério expresso para o caso de diminuição da indenização, qual seja, a concorrência culposa da vítima para o evento danoso, senão vejamos:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.³

Outrossim, os demais critérios mormente utilizados são lançados sob a ótica doutrinária e jurisprudencial, não por indicação positiva. Daí a posição de alguns doutrinadores e juristas, no sentido de que deveria haver uma tarifação legal para a fixação da indenização, não abraçamos esta tese do sistema tarifário, pois, como dito anteriormente, as lides humanas são por demais subjetivas e pormenorizadas para serem reduzidas a padrões e tabelas.

³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 05 abr. 2013.

No que toca aos critérios usados para diminuição da indenização, além da imposição legal disposta no artigo de número 945, do Código Civil Brasileiro, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta na direção de que a demora na propositura da ação também pode servir de motivo para minorar o valor da condenação, embora não exclua o dever de indenizar. Com relação à majoração do valor da indenização, a jurisprudência dominante tem entendido que a permanência indevida do indivíduo em cadastro restritivo de crédito serve como aspecto considerável para o aumento da condenação. Nessa esteira, julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SPC. INSCRIÇÃO. MANUTENÇÃO INDEVIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Maria Gelcy Rodrigues Marques ajuizou ação de reparação de danos morais e materiais contra a Caixa Econômica Federal, sob o argumento de que a demandada, por manter indevidamente seu nome em órgãos de proteção ao crédito (SPC e SERASA), ocasionou-lhe prejuízos de ordem patrimonial e psíquica. 2. Em que pese ter agido razoavelmente ao efetuar a inscrição da autora no cadastro restritivo de crédito, porquanto naquele momento a postulante estava, de fato, inadimplente perante aquela instituição financeira, não poderia jamais a CAIXA manter o nome da autora no SPC após a quitação da dívida, sob o argumento de que as prestações posteriores foram pagas em atraso. 3. Caracterização do dano moral na vertente hipótese, uma vez que teve a autora o seu nome mantido no cadastro restritivo de crédito por mais de um ano, mesmo após ter quitado as prestações em atraso. 4. Aliado a tal fato, a postulante ainda foi submetida a constrangimento dentro da CAIXA, ao ser tratada de forma ríspida e agressiva por funcionário daquela instituição financeira, o qual chegou a chamá-la de irresponsável, tendo, inclusive, jogado papéis na mesa, falado alto e gesticulado bastante, ao tratar com a requerente, conforme informaram as testemunhas ouvidas em juízo. 5. Responsabilidade civil objetiva da CAIXA evidenciada, eis que, por força do §2º, do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor, esta instituição financeira enquadra-se na definição de prestadora de serviços, estando, portanto, sujeita à disciplina do Diploma Consumerista. 6. A autora não logrou comprovar o dano material alegado na inicial, porquanto não foi capaz de demonstrar de forma inequívoca que os fatos alegados lhe ocasionaram diminuição patrimonial, hipótese apta a autorizar a caracterização do dano material. 7. O montante da indenização, nas hipóteses de dano moral, deve ser suficiente para coibir a continuidade de tais atos abusivos e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, o constrangimento causado à parte autora lesada. Não se deve, por evidente, em respeito ao princípio da proporcionalidade, arbitrar valor exorbitante diante da lesão causada, sob pena de resultar em enriquecimento ilícito. 8. No vertente caso, a indenização fixada em R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais), foi arbitrada dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Apelação improvida.⁴

⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal Quinta Região. AC 472004. Proc. 2004.81.00.015712-1. Relator Des. José Maria de Oliveira Lucena. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2009/12/200481000157121_20091201.pdf>

Contudo, percebe-se que a tendência natural praticada atualmente pelo Judiciário pátrio é no sentido de cada vez minorar mais as condenações pecuniárias a título de indenização nas demandas relativas ao dano moral. Isso se dá, sobretudo, pela justificativa da banalização do dano moral, como aspecto negativo apontado anteriormente, argumento este do qual se ousa discordar, pela razão de que o valor indenizatório não pode representar uma quantia que não reflita no patrimônio do lesante, pois neste caso acarretará a continuidade da prática danosa, violando a finalidade do instituto e não alcançando a teoria do desestímulo.

De modo que, ainda que um dos critérios utilizados pela jurisprudência seja este último, de diminuição em razão do fator negativo de vulgarização do dano moral, registra-se que tal medida, em conjunto com as demais, seja utilizada com o mínimo de unicidade nos casos análogos do ponto vista objetivo, tendo em vista que, sob o prisma subjetivo nenhum caso será correspondente a outro.

Pondera-se se esta uniformidade em casos comuns não seria mais facilmente alcançada caso os critérios utilizados fossem melhor delimitados e menos vagos, sem que para isso tivessem que ser necessariamente tarifados. Entretanto, numa gama já tão crescente de métodos, cada vez mais individualmente lançados pelos julgadores, questiona-se se a busca pela diminuição do número de demandas no Judiciário deve servir de motivo para inibição nas condenações por dano moral, isto é, a redução do fenômeno de banalização que fez abarrotar o Judiciário deve ser mais um critério para avaliação do dano moral?

2. QUAL A MEDIDA DO DANO ENQUANTO ALTERAÇÃO NEGATIVA DO ESTADO ANÍMICO?

Tarefa das mais difíceis é a de se medir o valor de um dano de cunho emocional, tão complexa é tal missão que grande parte dos doutrinadores concorda que a valoração absoluta

do dano moral é completamente impossível. Seria como tentar mensurar com valores pecuniários a emoção e a frustração experimentada pelo indivíduo.

Nesse contexto indica Nelson Rosenvald⁵:

[...] a pretensão ao dano moral detém simultaneamente caráter punitivo ao infrator e compensatório a vítima, como faces da mesma moeda. O sofrimento é irressarcível (aliás, a dor não tem preço), por ser impraticável a eliminação dos efeitos extrapatrimoniais de uma lesão. Todavia, a vítima não pleiteia um preço por seu compadecimento, porém uma compensação parcial da dor injusta com os valores percebidos, como uma forma de amenizar o sofrimento. A frustração da vítima será compensada por uma sensação agradável, capaz de anestesiá-lo o mal impingido. Já a finalidade punitiva consiste em uma espécie de castigo ao ofensor pelo dano causado. Pode ser compreendida pela teoria do valor do desestímulo, caracterizada pela condenação do infrator à reparação em valores elevados, como modo de inibir a reincidência da conduta lesiva em situações análogas, funcionando ainda como fator reeducativo.

Indiscutível que, quando se trata de alteração anímica, não se pode compensar no sentido de trazer de volta o estado *a quo*, tampouco se pode sanar o sofrimento ou a frustração com algum “preço”. Alguns autores, como o acima mencionado, falam em “compensação parcial”, com vistas a amenizar o dano de caráter emocional sofrido, dentro da natureza punitivo-compensatória.

Hodiernamente, muitos doutrinadores tem entendido que o dano moral não representa unicamente a dor ou o sofrimento em si, mas estaria associado a toda alteração do estado emocional experimentado pela vítima, o que abrangeria também os efeitos nocivos causados pelo dano. Dessa forma, os meios de recuperação do ofendido seriam um modo de compensação e de amenização da alteração negativa gerada.

Seria um erro acreditar que toda compensação se resume na prestação pecuniária, formas como distração, divertimento, ocupação, estudo e demais meios de vida social são ferramentas capazes de aplacar o abalo sentido. Todavia, para que sejam colocadas em práticas medidas, sobretudo num meio capitalista, imprescindível se faz que a indenização tenha que passar de alguma forma pelo valor da pecúnia.

⁵ ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil: Teorias e Questões*. Rio de Janeiro: Editora Consulex, 2002, p.121.

Ainda sobre o valor econômico da indenização por dano moral, ventila o Professor Sérgio Cavalieri Filho⁶, acerca da lucratividade gerada:

[...] Hoje, tenho me surpreendido com sentenças que concedem quantias astronômicas, às vezes milhares de salários-mínimos, a título de dano moral, sem qualquer critério científico, nem jurídico. Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais [...]

Desta feita, embora nem sempre a fixação possa escapar ao valor econômico, deve-se ter em mente que o enriquecimento desproporcional conferido à vítima não é a melhor solução a título de reparação compensatória, sendo, em tais casos, muito mais revestido do teor punitivo, que, apesar de louvável, também deve observar a razoabilidade e proporcionalidade segundo a maioria dos doutrinadores, dentre os quais o jurista acima invocado. Na perplexa tarefa de medir a gravidade do dano moral, doutrina e jurisprudência apontam que o caminho mais seguro é o uso de padrões objetivos, contudo, os critérios mormente utilizados pelos julgadores não se revestem de objetividade ideal.

De acordo com a Constituição vigente, o dano moral é aquele que agride a dignidade humana, de maneira que, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação são algumas das consequências do dano e não a causa em si. Nessa direção, tais consequências poderão ser consideradas como dano na medida em que fugirem à normalidade e interferirem no “equilíbrio psicológico do indivíduo”⁷, por tal razão se diz que os aborrecimentos que orbitam na esfera do mero dissabor não podem ser considerados para fixação do dano moral.

Certo é que, se as medidas comumente usadas como parâmetros para valoração do dano enquanto alteração anímica são falhas em estabelecer uma fixação segura e justa, muito mais falho é o critério que pretende configurar a condenação por meio de tarifas. Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, criou-se um sistema geral de indenização por

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.105.

⁷ *Ibidem*. p.93.

dano moral, submetendo essa indenização ao Direito Civil comum e não a alguma lei especial. Nesse sentido o verbete de nº 281, do Superior Tribunal de Justiça: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

Igualmente, não há de se cogitar atualmente do antigo argumento, o qual dizia que o dano moral não deveria ser ressarcido pela relutância em se admitir um preço para dor. Tal raciocínio com o tempo foi afastado, de modo que, o abalo negativo na esfera anímica, apesar da dificuldade de ser mensurado, não pode ser negado. A falta de critérios econômicos objetivos para avaliar o dano não anula a realidade da sua existência e não dispensa a obrigação de indenizar.

Assim, muito embora a real medida do dano moral enquanto alteração negativa seja algo de extrema complexidade, senão impossível, o arbítrio do juiz para estabelecer o *quantum debeatur* da indenização nos parece ser ainda um primeiro método mais adequado, pautado no princípio da razoabilidade, de acordo com a maior parte da doutrina e conforme o ordenamento constitucional. Conquanto, tal critério deva observar uma série de subcritérios e ainda ser revestido de uma parcela de subjetividade.

3. OUTRAS FORMAS DE CONDENAÇÃO

Sobreleva anotar que, com a polêmica e a divergência gerada acerca do enriquecimento sem causa supostamente proporcionado pelas indenizações à vítima do dano moral, algumas alternativas apontam na direção de uma reparação voltada para o princípio do desestímulo, nos moldes do caráter punitivo-pedagógico, sem, contudo, revestir-se do teor econômico.

Nesse passo, são as condenações que efetivam uma reparação de desagravo e retratação ao ofendido, bem como as que fixam uma recomposição *in natura*, sem

necessariamente ir de encontro ao valor pecuniário. Neste prisma, interessante observação do professor Humberto Theodoro Júnior⁸:

Se for certo que a ordem constitucional moderna está preocupada em promover a pessoa em seu aspecto ético, valorizando-a pelos dados dos direitos da personalidade e não por suas posses, soa estranho que toda a preocupação doutrinária se encontre concentrada na técnica que vê na reparação pecuniária o único meio de satisfazer a vítima do dano moral.

De tal modo, estas condenações não pecuniárias buscam uma reparação muito mais comprometida com a teoria do desestímulo e com o estado *a quo* da compensação, estando isentas da dúvida sobre o dito enriquecimento ilícito da vítima. Todavia, a maior parte dos julgadores ainda lança mão destas alternativas em conjunto com a condenação econômica, sendo tal método bem mais difundido na Justiça do Trabalho:

EMENTA: DIREITO CIVIL. DIREITO PENAL. DIREITO DO TRABALHO. DANO MORAL. RETRATAÇÃO DE EMPREGADOR QUE CALUNIA EMPREGADO. NÃO ACEITAÇÃO PELO EMPREGADO. Em que pese a existência de retratação do empregador que caluniou empregado, imputando-lhe a prática de furto no ambiente de trabalho, caso não provada a aceitação da retratação da parte do empregado, para que se verifique a reconciliação das partes, não se configura a hipótese do artigo 143 do Código Penal, com efeito no processo civil. Evidenciada a ofensa à honra e à moral do trabalhador, causando-lhe dor e sofrimento, em especial no convívio familiar e de amigos, à vista da publicidade da acusação, não há como afastar a ocorrência do dano moral, afigurando-se devida a indenização, que deve considerar as condições do empregador, até mesmo a retratação, embora não aceita. Recurso improvido.⁹

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REITERADA PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIAS LESIVAS À HONRA DO AUTOR. EXTRAPOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. RESSARCIMENTO. VALOR. ELEVAÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO. CABIMENTO. FORMA. DURAÇÃO. "SITE" DA INTERNET. EMBARGOS INFRINGENTES. ALCANCE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356-STF.

I. Configurada a gravidade da lesão causada ao autor, pela sucessiva publicação de matérias acusatórias de imenso teor ofensivo, desprovidas de embasamento na verdade, procedente é o pedido reparatório, que deve ser o mais integral possível, pelo que a par de uma indenização compatível com o dano moral causado, impõe a publicação da decisão judicial de desagravo, pelos mesmos meios de comunicação utilizados na prática do ilícito civil, a fim de dar conhecimento geral, em tese, ao mesmo público que teve acesso às notícias desabonadoras sobre o postulante.

II. Elevação do valor indenizatório por considerado insuficiente aquele fixado no 2º grau da instância ordinária, ante a extensão do dano moral causado. Restabelecimento daquele fixado pela 1ª instância.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.102.

⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - TRT15ªR. Processo Nº 01085-2005-073-15-00-4. Relatora Luciane Storel da Silva. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4530816/recurso-ordinario-ro-20026-sp-020026-2007-trt-15>> Acesso em: 05 abr. 2013.

III. Figurando as reportagens em "site" mantido pela editora ré na Internet, pertinente a condenação imposta pelo acórdão a quo de divulgação da decisão judicial reparatória no mesmo local, dentro da exegese que se dá aos arts. 12, parágrafo único, e 75 da Lei n. 5.250/1967.

IV. Impossibilidade de exame da possível violação ao art. 530 do CPC, quanto ao tempo de permanência da decisão no sítio mantido na Internet, por ausência de efetivo prequestionamento da questão federal, sob o aspecto suscitado pelo autor na peça recursal. Incidência das Súmulas n. 282 e 356-STF.

V. Recurso especial do autor parcialmente conhecido e provido nessa parte. Recurso especial da ré não conhecido.¹⁰

No que concerne ao Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é de que a reparação natural e a reparação pecuniária não são excludentes entre si, de acordo com o princípio da reparação integral, implícito no dispositivo do artigo 944 do Código Civil.¹¹

3.1 A HIERARQUIZAÇÃO DE DIREITOS COM PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

Ante as dificuldades no que tange à fixação do *quantum debeatur* para condenação relativa ao dano moral, além dos tradicionais critérios comumente utilizados pelos julgadores, tais como: a extensão do dano causado; as condições socioeconômicas dos indivíduos envolvidos; o grau de culpa do agente; etc, parte da doutrina entende pertinente o uso da hierarquia entre os direitos como mais um método para estabelecer o valor da condenação.

Válido repisar que o dano moral macula os bens da personalidade, neste passo, a hierarquização apontada busca principalmente uma avaliação debruçada sobre tais direitos. Contudo, sobreleva destacar que ao utilizar-se deste recurso como meio para fixação, o julgador corre grande risco de sair de um juízo já delicado, qual seja o de avaliação do dano moral, para entrar em outro tão espinhoso quanto o primeiro, de medição de valores entre direitos pessoais. De maneira que, a hierarquização de direitos da personalidade revela a

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 957343. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701259484&dt_publicacao=28/04/2008> Acesso em: 05 abr. 2013.

¹¹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102207>. Acesso em 10 mar. 2013.

mesma dificuldade conceitual-doutrinária, uma vez que, considera direitos oriundos de um fato natural, de atributos inerentes à condição humana.

Assim sendo, o intérprete lança mão da ponderação de princípios a fim de coadunar a melhor colocação entre os direitos valorados para a hierarquização. Nesse prisma, o princípio escolhido como norteador de todos os demais para nossa sociedade foi o da dignidade da pessoa humana, que embora mais próximo do macro princípio, não deixa de ser cercado de abstratividade.

Não menos criticada é a ideia de hierarquização sobre direitos da personalidade, tendo em vista que, remete à interpretação lançada sobre a teoria do método tarifado, de modo que, ensejaria um escalonamento de direitos. Igualmente, a idêntica relevância e a mesma fundamentabilidade que se dá a cada direito pessoal, com o entrelaçamento das suas concretizações, impossibilitaria qualquer tentativa de hierarquizar. Os que defendem a inaplicabilidade desta teoria apontam ainda a unidade da Constituição, isto é, a noção de idêntica posição hierárquica das normas constitucionais.

Noutro giro, pondera-se que certos direitos, por serem dotados de uma relevância intrínseca e evidente para o ser humano e para sustentação das bases democráticas podem, de modo razoável e justificado, receber posição hierárquica superior. Tal posicionamento tem como apoio a *doutrina da posição preferencial*¹².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o esposado, nota-se que a fixação do *quantum* indenizatório insere-se como tema dos mais delicados do Direito, sobretudo com o crescente fenômeno da juridicização fomentado nas últimas décadas a partir da Constituição de 1988.

¹² Doutrina adotada na Suprema Corte Norte Americana, na qual o teste de razoabilidade assume duas feições, uma mais forte e outra mais fraca, assumindo uma hierarquização dos Direitos Fundamentais protegidos pelo *due process of law*.

Este expediente exige do julgador apurada sensibilidade e técnica, haja vista que, como dito, ao contrário do que ocorre no dano material, no dano moral não se pode restituir o estado *a quo* da vítima. Destarte, será campo em que o julgador persegue alguma forma de compensação das aflições da alma humana.

Conclui-se que, o ponto de partida para qualquer critério, com maior ou menor objetividade, deve ser o arbítrio do magistrado, único capaz de aferir a extensão da lesão no caso concreto, de acordo com seu convencimento e tirocínio. Rogada vênias as posições em contrário, expressa-se mais uma vez o descabimento do método de tarifação ou da dosimetria legal, versado por aqueles que temem eventuais excessos dos julgadores.

O ponto central do debate é que a escolha de uma única forma para visualização do direito pode ocasionar sua mecanização, que contraria a sua natureza dinâmica, ao passo que, a multiplicidade de condições interpretativas colocaria em dúvida a segurança jurídica.

Desta feita, percebe-se que os métodos lançados atualmente observados sob a ótica do crescente número de demandas estão longes de uma resposta ideal para questão. Acredita-se que uma política mais voltada para as outras formas de condenação do dano moral, como o caso das condenações *in natura*, ou ainda aquelas de condenações *in natura* combinadas com indenização pecuniária, seria um esperançoso caminho para uma resposta mais equilibrada ao tema levantado.

Os métodos comumente utilizados que envolvem a extensão do dano causado, as condições socioeconômicas dos indivíduos envolvidos e o grau de culpa do agente, do terceiro ou da própria vítima, continuam sendo o principal norte na tarefa do julgador, embora na prática já tenham demonstrado serem insuficientes e ineficazes para atender a isonomia e a teoria do desestímulo.

Assim sendo, deduz-se que todas as alternativas levantadas para tentar otimizar a jurisdição neste particular são válidas, apesar do sistema atual não se mostrar maduro para o

desenvolvimento pleno de todas as técnicas. Inobstante as críticas apontadas, o resultado da aplicação desse ou daquele método, ante à volatilidade do Direito, será resposta que somente o tempo e os valores sociais dirão.

REFERÊNCIAS

DINIZ apud MOTA, Lucio. *Secundum Iuris. Critérios de avaliação do dano moral.* Disponível em: <<http://secundumiuris.blogspot.com.br/2010/09/criterios-de-avaliacao-do-dano-moral.html>>. Acesso em 21 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal Quinta Região. AC 472004. Proc. 2004.81.00.015712-1. Relator Des. José Maria de Oliveira Lucena. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2009/12/200481000157121_20091201.pdf>

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 05 abr. 2013.

ROSEVALD, Nelson. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil: Teorias e Questões.* Rio de Janeiro: Editora Consulex, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - TRT15ªR. Processo Nº 01085-2005-073-15-00-4. Relatora Luciane Storel da Silva. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4530816/recurso-ordinario-ro-20026-sp-020026-2007-trt-15>> Acesso em: 05 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 957343. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701259484&dt_publicacao=28/04/2008> Acesso em: 05 abr. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102207>. Acesso em 10 mar. 2013.