

## **A REPARAÇÃO POR DANO MORAL NO BRASIL: UM PARADIGMA CONCEITUALMENTE EQUIVOCADO EM DESFAVOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Joaquim Rafael Lima do Couto Soares<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Este artigo analisou a problemática da mensuração dos valores atribuídos pelos juízes brasileiros às sentenças indenizatórias na reparação por danos morais. O tema é de grande relevância para os Direitos Fundamentais, pois, atendendo a determinação Constitucional, o julgador aplica a lei abstrata a um caso concreto na reparação do valor maior da dignidade humana, a moral. O trabalho identificou distorções conceituais, mormente na opção filosófica da dimensão comumente escolhida para calcular o montante a ser pago. Laborou a reflexão com elementos dimensionais do Direito e conceitos filosóficos/sociológicos. Propôs novas abordagens para possibilitar melhor e mais preciso recorte metodológico do problema.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Responsabilidade Civil. Dano Moral. Sentenças Condenatórias. Cálculo do quantum indenizatório.

### **ABSTRACT**

This article analyzed the problem of measuring the amounts attributed by Brazilian judges to indemnification judgments in reparation for moral damages. The theme is of great relevance to fundamental rights, because, given the Constitutional determination, the judge applies the abstract law to a concrete case in reparation for the greater value of human dignity, morality. The work identified conceptual

---

<sup>1</sup> Advogado militante, graduado pela Universidade Católica de Pernambuco, especialista em Direito Processual, Professor da Faculdade Imaculada Conceição do Recife (antiga Marista) e Faculdade Joaquim Nabuco (Uninabuco – SER). Coordenador de Pós-graduação da ESA - Escola Superior de Advocacia Rui Antunes da OAB – PE. Professor na Pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e Universidade de Pernambuco (UPE).

distortions, most notheless in the philosophical option of the dimension commonly chosen to calculate the amount to be paid. He worked on the reflection with dimensional elements of law and philosophical/sociological concepts. He proposed new approaches to enable a better and more accurate methodological approach to the problem.

## **KEYWORDS**

Civil Liability. Moral damage. Sentencing Sentence. Calculation of quantum indemnification.

## **INTRODUÇÃO**

A questão da reparação por danos morais na doutrina jurídica brasileira jamais foi pacificamente uniforme. De um lado, temos os que buscam efetivamente fazer com que o instituto sirva para a plena realização da justiça reparatória, de outro temos os que pregam a minimização das penas e a coibição do incentivo à chamada indústria da indenização e do enriquecimento infundado.

Há, por alguns, a exigência de somas fixadas em parâmetros vultosos, tornando claro que a indenização deva ser revestida de caráter exemplar, por isso mesmo se deixando fazer sentir em um significativo abalo financeiro do causador do dano. A indenização que resulta na ruína financeira de quem paga, como é o caso de algumas aplicadas nos EUA, é, por essa concepção, ideal e necessária para que a sociedade nela se espelhe e seja desmotivada a imitar a conduta que resultará em um novo dano.

Outra corrente, reconhecidamente dominante no Brasil, sugere que a indenização, quando atinge patamares considerados demasiadamente vultosos, materializa um recebimento sem trabalho, um enriquecimento sem causa – como preferem nominar – e o incentivo a tal prática, resultaria em um inevitável comportamento que viciaria a pretensão legal e conseqüentemente o objeto primordial da justiça. A indenização não poderá ser diminuída a mais uma maneira de ganhar dinheiro, sustenta a corrente, a natureza deverá ser exclusivamente reparatória. Pretensamente sustentar-se-ia a tese no objeto ético da norma, no caráter moral do direito.

Assiste-se, assim, um embate entre: a condenação pecuniária/patrimonial exemplar e a moderação da condenação razoável; a coerção implacável da espada da lei e o comedimento da penalização; a paga imponderada pelo erro e a prudência aplacadora em busca de uma harmonia justa entre o “crime” e o “castigo”.

Rios de tinta encorparam o curso dessa celeuma, desde a negativa do conceito de dano moral, defendido por alguns doutrinadores como impossível de indenização, “Numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para dor” (CAVALIERE FILHO, 2005, p.102) às várias tentativas contemporâneas de “tabelamento” ou precificação tabelada com parâmetros mínimos para a fixação da indenização por danos morais.

A provocação reflexiva deste trabalho, apesar de não desprezar a celeuma histórica, é mostrar que o foco da discussão é, no mínimo, equivocado. Que, os doutrinadores partem de paradigmas confusos, calcados em valores filosóficos contaminados por dogmatismos eivados de preconceitos culturais. A constatação da pesquisa, empreendida com viés filosófico, sociológico e de principiologia do direito, é que o deslocamento do eixo estrutural do problema deva ser ajustado da mera fixação do quantum, que estanca entre o punir e o enriquecer, para a razão da fixação do montante, que desce ao âmago do objetivo (o porquê da fixação de um preço).

Logo, a questão parece extrapolar o estabelecido como valor pecuniário para a indenização e considerando o aspecto aventado na assertiva acima, o artigo presente, em um primeiro momento, procurou compreender os valores considerados na indenização – na acepção de grandeza de importância – para compará-los aos motivos legais, entendidos como natureza jurídica da obrigação de indenizar. Num outro momento, há no discurso, uma intencional centelha provocativa à mudança do paradigma da fixação dos valores, nesse caso, questionou-se a grandeza de relatividade das indenizações e as sendas conceituais em que se perdem os julgadores tradicionalmente neste país.

Os prejuízos que tais métodos e equívocos de mensuração causam às vítimas dos danos morais, irremediavelmente prejudicam os direitos fundamentais na obrigação de reparar e inclusive comprometem a justa prestação jurisdicional à sociedade.

## CONSIDERAÇÕES ACERCA DO VALOR E DO PREÇO DA INDENIZAÇÃO

Devido às limitações do formato, o estudo não buscou aprofundamento nos aspectos propedêuticos, por isso deixou-se de considerar algumas minúcias históricas do dano moral no Brasil ou mesmo a evolução doutrinária nos seus meandros políticos e sociais. Partiu-se de uma plataforma assentada em dois aspectos notórios na fixação do quantum indenizatório pelos danos em questão: a dificuldade em uniformizar a fixação dos valores; os insignificantes valores fixados em primeira instância, confirmados ou diminuídos pelos colegiados de segundo grau.

Assim, como se pode facilmente perceber através de qualquer levantamento quantitativo de sentenças nesta área, como sabido que os valores pagos no Brasil a título de indenização por danos morais são extremamente reduzidos, principalmente se comparados aos países da linha jurídica anglo-saxônica. As sentenças se mostram, nesse particular, exacerbadamente cautelosas. O julgador pátrio não parece enfrentar qualquer melindre em calcular os danos materiais, todavia se a missão do juiz é fixar o quantum reparatório em relação às agressões aos valores tidos como subjetivos da interioridade, a condenação é tímida. O magistrado determina indenizações quase como quem se desculpa por assim estar agindo, faz questão de deixar claro que não pretende contribuir com o enriquecimento sem causa do requerente e que a condenação jamais reparará a dor moral do ofendido, ou trará de volta o que foi moralmente danificado.

Para tanto, o erro conceitual que se pretende aqui mostrar começa a se delinear nesse ponto. Vestido, primeiramente, com a confusão conceitual de valor e preço, sem distinguir minimamente que valor é grandeza de importância e preço de relatividade, depois sobre a razão subjetiva do julgamento que se foca na moral como algo intangível, destacada como uma ferida da alma, desassociada de qualquer parâmetro de mensuração monetária.

O conflito instala-se, pois, ao determinar a Constituição Federal que os danos morais devam ser indenizados, ordena que seja fixado preço a um valor, ou seja, meça-se com uma grandeza de referência, uma grandeza de importância. Tal distinção, arraigada nas diferentes culturas de diferentes formas, impõe-se universal por serem preços/valores demasiadamente subjetivos e carecerem ambos,

fundamentalmente, de parâmetros de comparação. Hannah Arendt (2002)<sup>2</sup> associou os conceitos, também aos do campo do público e do privado (internalizados pessoais e exteriorizados sociais). De maneira, que o valor quando processado em escala privada, dependendo da interioridade subjetiva das pessoas (fabricantes<sup>3</sup> ou possuidores), uma vez postos à venda no mercado, são tornados públicos, portanto, sujeitos a comparação com outros e a avaliação de terceiros (preço).

A tão pranteada desvalorização de todas as coisas, isto é, a perda de toda valia intrínseca, começa com a sua transformação em valores ou mercadorias, uma vez que, desse momento em diante, elas passam a existir somente em relação a alguma outra coisa que pode ser adquirida em seu lugar. A relatividade universal – o fato de uma coisa só existir em relação a outras – e a perda da valia intrínseca – o fato que tudo deixa de possuir valor “objetivo”, independe de avaliação mutável da oferta e da procura – são inerentes ao próprio conceito de valor. (ARENDR, 2002, p.179).

Desta forma, separa-se – neste ponto do trabalho – o primeiro elemento de conflito (valor x preço), materializado na norma constitucional que impõe ao causador do dano uma reparação calcada em uma grandeza de relatividade (preço), a um dano decorrente de um ataque a uma grandeza de importância (valor).

A incumbência do julgador não se mostra como uma empresa de fácil resolução, a desarmonia conceitual, ainda que não percebida conscientemente em tais meandros, estende por sobre o ato da fixação do preço da indenização uma densa névoa que encobre a razão objetiva dos números e imiscui-se na subjetividade da reparação de uma dor moral. O desconforto do juiz se traduz em excessiva prudência. Cuida de não onerar, tentado não deixar de onerar, tal qual o antigo ditado espanhol sobre os médicos que “*deixam morrer os pacientes com medo de matá-los e os matam com medo de deixar morrer.*” (UNAMUNO, 1989, p.14).

## **EQUÍVOCO DIMENSIONAL: O FATO, A NORMA E O VALOR**

A configuração de outro aspecto mais importante se funda no erro de enquadramento da norma jurídica em sua mais basilar definição. Busca-se, pois, na

---

<sup>2</sup> Filósofa Alemã (1906 - 1975)

<sup>3</sup> Denominam-se *homo faber*.

teoria multidimensional um clareamento deste equívoco que redundava em sérias barreiras à fixação das indenizações por danos morais.

Assim, ao propor uma abordagem multidimensional como explicação para a positivação do sistema jurídico, Miguel Reale (2001)<sup>4</sup> trouxe com excepcional sensibilidade, a ideia de trabalhar o direito em três dimensões distintas. O genial da proposta é considerar que – em se tratando de dimensões – as três podem coexistir sem excludências, sobreposições ou confrontos. As dimensões, fato, valor e norma não existem independentes, coexistem em uma espécie de cooperação simbiótica, sendo como vértices de um triângulo que apenas justificam-se unidos. A essência e existência é (e são) a interação, para tanto:

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um *aspecto* normativo (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um *aspecto fático* (o Direito como *fato*, ou em sua efetividade social e histórica) e um *aspecto axiológico* (o Direito como *valor* de Justiça). (REALE, 2001, p.60)

É necessário, todavia, analisar de per si as dimensões para depois, na junção dos conceitos, possibilitar a eficaz constatação do erro conceitual em que caiu o judiciário brasileiro na exegese das normas que fitam a reparação por danos morais. A interpretação da Lei há que ser exaustivamente procurada como um fundamental instrumento para o conhecimento no processo de maneira pragmática e na emissão do melhor juízo de valor, de maneira moralmente legítima,

O conhecimento jurídico, sendo constitutivamente prático, mas não tem por objeto a contemplação de uma essência inteligível, mas sua finalidade é dirigir ou valorar, com maior ou menor precisão a retidão, a conduta humana naquilo em que está comprometida com a justiça. (VIGO, 2011, p. 102)

## A DIMENSÃO FÁTICA

A dimensão fática, ou a de fato, é a que mais se aproxima da verdade, *Aletheia*, definida pelos Gregos da Antiguidade como a que reside na essência das coisas, a verdade que não foi lavada pelas águas do *Rio do Esquecimento*. No

---

<sup>4</sup> Miguel Reale (1910 – 2006).

mundo jurídico é a denominada verdade fática ligada aos acontecimentos e inexoravelmente unida à passagem linear e contínua do tempo.

De maneira, que o fato acontecido em determinado lugar e tempo será insofismavelmente computado no passado com elementos imutáveis. Assim, ainda que em matéria de Direito Criminal de extremo fetichismo pela relativização dos fatos, se “A” desferiu um tiro, e esse projétil de arma de fogo vitimou mortamente “B”, poderá ser alegado que “A” agiu em legítima defesa ou não teve a intenção de matar, contudo só não se pode alegar que “B” matou “A”, essa é uma verdade estática e irreduzível, portanto, fática.

O fato, neste objeto tridimensional, ocorre no mundo independentemente de qualquer determinação deontológica ou dogmática, é o fenômeno propriamente dito, por sobre o qual vão incidir a norma e o valor. Assim, norma e valor habitam o campo da subjetividade filosófica, política e dogmática, enquanto a dimensão fática é da seara epistemológica, pragmática e real. No mundo estão os fatos, a norma e o valor que existem apenas nas esferas ideológicas.

Logo, pode parecer de início um reducionismo obtuso, e, até mesmo ingênuo, desconsiderar que sobre os fatos também se pulverizam subjetividades relativistas. Nos dias atuais, até mesmo os conceitos mais cientificamente maturados como os da física dos materiais ou da dinâmica dos corpos em movimento, sofrem reversos teóricos a ponto de duvidar-se de toda a mecânica que se apresenta em movimento aos nossos olhos.

Ingressar, todavia, nessas searas levará a discussão aos labirintos lógicos que, ao invés de deslocar a polêmica para o futuro, ao contrário, engana ao relocar o tema no antigo mundo dos Sofistas, onde a verdade era impossível de se alcançar, restando daí apenas um “acordo” relativista e moldável à ocasião. Assim, para que não se precipite a discussão em abismos metafísicos intermináveis, entende-se, para efeito da convivência tridimensional do direito, o fato como a verdade acontecida.

E, portanto, sobre a verdade fática, uma definição sintética seria a que se pôs no mundo por uma ação concreta ou uma força da natureza e que passa – segundos após de surgida – inexoravelmente à dimensão do passado. Conclui-se pragmaticamente que a dimensão fática tem três características fundamentais: a) é independente da vontade do legislador; b) estabelece-se independente de qualquer interpretação deontológica ou axiológica; c) Se posta irremediavelmente no pretérito.

## A DIMENSÃO DA NORMA

Nesta esfera há que ser considerado que reside a concentração de todo o esforço do direito, no viés de ciência jurídica, para positivar<sup>5</sup> os princípios de punição e recompensa no universal cultural do controle social.

O controle social pela recompensa e punição é anterior à propositura de qualquer norma jurídica. A percepção da injustiça que primitivamente exteriorizava-se com a resposta em forma da mais atávica vingança, remota anterior a qualquer codificação ou estrutura de Estado e de poder. Dessa maneira, a consideração que se pede fazer é que no Direito Puro – o qual buscava Kelsen (2003)<sup>6</sup> – com a dimensão fática dos sistemas de punição consuetudinária e consagrada, necessitou – para uma coerente teorização jurídica –, em muitos aspectos, adaptar-se ao que já se fixara como padrão normativo em forma de princípio (ainda que de configuração rudimentar), ou de instrumento do exercício do poder/dominação.

A teorização científica de formação abstrata, subjetiva, filosófica no sentido mais idealista do termo, adapta-se conceitualmente a fatos consumados na solidificação da tradição. Vê-se, nesse caso que há fortes óbices ao estudo da norma pelo ângulo meramente técnico, por não ser o padrão científico puro, livre de qualquer contaminação fática pretérita, ou seja, dentro da tão propalada imparcialidade científica da norma.

Logo, não se pode ignorar, inclusive, que a norma é criação do sistema jurídico inserido em um maior das ciências sociais que pressupões a cultura como determinante e determinada, portanto, resultado da volátil parcialidade humana. A crítica é reforçada pela reflexão sociológica moderna, destacando, todavia que não devam servir tais óbices como álibi para *tabula rasa* relativista das ciências sociais, assim:

A constatação, realizada no âmbito da moderna reflexão epistemológica, de uma contaminação teórica da observação, o conhecido fracasso dos empiristas em estabelecer uma linguagem observacional completamente livre de ideias gerais e a abstratas, nada disso implica a rejeição da distinção fato/valor, nem autoriza nenhum relativismo cognitivo radical de inspiração sociológica. (GUSMÃO, 2012, p.151).

<sup>5</sup> No sentido de Direito Positivo, conjunto de normas vigentes em um determinado local e tempo, o que se adverte, pois nem de longe pode ser confundido com o Positivismo como conceito filosófico, sob pena de total desvirtuamento da ideia.

<sup>6</sup> Franz Kelsen (1850 – 1907).



Há empirismo, dogmatismos ou mesmo fetichismos que não se detectam com simples cortes epistemológicos, pois não se sabe onde começa ou termina o tecido teórico ou o fático cultural.

Mais uma vez, procura-se, dentro do possível, numa análise sintética, uma amálgama que possa suportar a dimensão fática sendo positivada (tornada aplicável no mundo jurídico dos casos concretos) pela norma que se encontra em imensurável distância de uma fôrma pragmática em matéria de interpretação imparcial. Novamente a verificação é na dimensão da norma onde há interferência severa da dimensão axiológica ou valorativa. Não há entre norma e valor, uma delimitação isenta que permita – automaticamente – ser aplicada uma norma geral a um fato específico, sem um comprometimento valorativo importante.

Talvez, para efeito de argumento neste plano, a dimensão mais “pura” que se vislumbra é a dimensão do valor, pois, mesmo bebendo nas fontes subjetivas do senso comum humano, não se permite facilmente contaminar pela norma ou pelos fatos. É objetivamente deontológica, por mais paradoxal que possa parecer tal conceito, como se pode posteriormente observar.

## A DIMENSÃO DO VALOR

Depois do que foi exposto, o que será necessário destacar, nesta última dimensão, para a corroboração do que foi argumentado, é que na dimensão do valor reside toda carga axiológica e deontológica do direito. Os mores<sup>7</sup>, na acepção sociológica do termo, irão capitanear a valoração das normas aplicadas aos fatos, característica que leva essa dimensão a um patamar de extrema subjetividade e relatividade. Debalde teorizar sobre a legitimidade dos valores morais assimilados pelos valores jurídicos desprezando que os mores serão os únicos responsáveis por toda legitimação e conseqüente positivação do direito. De maneira, que a força desses parâmetros norteadores justificava o gerontocídio entre os esquimós, a matança de crianças em Esparta e legítima, até hoje, o apedrejamento de mulheres adúlteras em algumas culturas.

Neste ponto nada mais será necessário teorizar sobre os valores jurídicos na interação tridimensional, além do que já foi apresentado, e, apenas, para reforçar

---

<sup>7</sup> Como padrões obrigatórios de comportamento esperado pelo grupo social.

que o fato é um conceito objetivo em contraponto a norma e ao valor, que são de extrema subjetividade.

## **UMA FALÁCIA CONCEITUAL**

Depois de colocadas as dimensões e feitas às considerações pertinentes, é mais palatável a demonstração de que há um grande equívoco na fixação das indenizações por danos morais no Brasil, além da confusão das grandezas de importância e relatividade. O que poderia se caracterizar como uma falácia, ainda que não totalmente consciente, é o julgador construir uma sentença sofismada ao focar no cálculo indenizatório valores que conceitualmente são “estranhos” ao espírito reparatório do dano e ao caráter exemplar da condenação.

Para tanto, a obrigação jurídica de indenizar que nasce do ato ilícito e da preconização legal é de especificidade da Responsabilidade Civil, por isso, tem como objeto a reposição da coisa ao seu estado original ou a compensação pela não reposição (a reparação). A Responsabilidade Civil considera também – dentro do fito exemplar da condenação – a condição econômica do causador do dano, uma vez que, se não há diminuição substancial ou considerável do patrimônio dele, não há nenhuma ação motivadora (exemplar) para que o causador não continue operando em dano.

Separa-se assim, cartesianamente o argumento:

- a) O ato ilícito ou a Lei, diante de um fato, faz nascer a Obrigação Jurídica<sup>8</sup>;
- b) O julgador para aplicar a norma geral ao caso especial deve analisar a extensão do dano, o nexo de causalidade, em alguns casos a culpa, o caráter exemplar da condenação, e a capacidade econômica do causador do dano;
- c) Ao calcular a indenização o julgador traz ao mérito questões axiológicas, como enriquecimento sem causa, dor moral e falsas inferências como “a não possibilidade de reparação de um valor componente da interioridade”.

Eis a falácia:

- 1ª. A lei manda indenizar intentando reparar, exemplificar e fazer com que o causador do dano sofra uma diminuição substancial do patrimônio para não

---

<sup>8</sup> A Obrigação Jurídica, segundo Kelsen, nasce da Lei, do Contrato ou do Ato ilícito. Na Responsabilidade Civil situamos a natureza jurídica da obrigação na Lei (responsabilidade civil objetiva) e no Ato Ilícito (responsabilidade civil subjetiva), uma vez que o nosso ordenamento moderno suporta as duas modalidades.

mais incorrer em danos para outrem (questões pragmáticas da dimensão fática).

2ª. Considera-se, na fixação da indenização fatores que não foram aventados como enriquecimento da vítima (uma consequência totalmente irrelevante na fixação do quantum); o pagamento por uma dor moral (uma tentativa inócua de valorar o que não tem preço, tampouco pode ser visto por esse ângulo e, mais, nem sequer foi considerado pelo legislador como parâmetro), ou seja, questões subjetivas da dimensão axiológica.

Logo,

3ª. Fixa-se o quantum indenizatório em patamares irrisórios calcado em valores axiológicos que não servem para a quantificação de montante (preço), pois são componentes da interioridade, grandeza de importância, não de relatividade como é tudo que se paga ou se indeniza.

A falácia sustenta-se na confusão conceitual, difícil, todavia seria a enquadrar nos clássicos guias de falácias dos manuais de lógica, entretanto aproxima-se de uma falácia do tipo indutiva onde o fato da indenização (o dano) decorrer de uma violação de um bem moral, integrante da interioridade, induz o julgador a associar a fixação do quantum com base na violação do bem moral, quando, como visto, a indenização ocorre da obrigação jurídica de reparar o dano, ou seja, obrigação de pagar que se coloca no mundo por um ato danoso ilícito (fático) indenizável por força de Lei.

## A OMISSÃO DA ACADEMIA E UM CÁLCULO PLAUSÍVEL

Os baixos valores das indenizações por danos morais é uma das distorções com a qual o judiciário brasileiro acomodou-se. Parece que a incorporação à práxis jurídica funciona como uma espécie de dogma. Os juízes em primeira instância fixam-nos irrisórios, pois sabem que os tribunais os reformarão para baixo, os colegiados os mantêm baixos porque entendem que assim não os incentivarão na profusão e nas manobras de enriquecimento sem causa.

Para tanto, à academia cabe o papel de readequar esse cálculo, pois faltam trabalhos científicos nesse sentido. Admira-se a presteza e a Responsabilidade Civil dos países do primeiro mundo, mas em se tratando de Brasil, muito pouco é feito para que se responsabilizem os causadores de sérios danos à sociedade.

Outrossim, os tribunais – observa-se facilmente na rotina de operacionalização jurídica – reservam expedientes completos para o julgamento de causas congêneres indenizatórias contra operadoras de telefonia celular, planos de saúde e seguradoras que sobrecarregam o judiciário ao operarem numa espécie de “ilegalidade danosa calculada” que considera como variável a morosidade do judiciário e os baixos valores das indenizações.

Se executassem duas ou três sentenças que abalasses o patrimônio de tais empresas ou ao menos comprometessem o valor de suas ações no mercado mobiliário, haveria maior cuidado e a responsabilidade passaria a ser, para tais empresários, uma questão de sobrevivência. O temor de enriquecer as vítimas contraditoriamente enriquece os algozes. O excessivo cuidado dos magistrados resulta em paradoxal benefício do causador do dano, volta-se ao dilema dos médicos do ditado espanhol que matam temendo deixar morrer.

Sazonalmente aparecem no país algumas tentativas de tabelamento, convenção de juízes e mensurações diversas num esforço para fixar parâmetros mais aceitáveis ou concretos em relação às indenizações por danos morais. Nesse ponto pode-se inferir que não há como estabelecer parâmetros pré-fixados, pois não há fórmula quando não se pode prever antecipadamente a extensão do dano e a capacidade de pagamento do causador.

O critério deve continuar estaiado na discricionariedade do julgador, todavia a consideração, a plataforma usada para a fixação do quantum deve urgentemente migrar do polo axiomático para a objetividade da dimensão fática e o caráter educativo da norma. Logo, um cálculo plausível é o que sempre se buscou. A busca deverá continuar, mas – provoca-se neste trabalho – a iniciativa de mudar o local da procura.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se pôde notar, o erro não é de graduação na valoração. Os chamados operadores do direito não subestimam os danos morais. O erro é de escolha da fundamentação filosófica dimensional. O apoio que o intérprete da lei vai buscar é na dimensão valorativa do Direito, quando deveria ambientar a decisão na normativa.

O silogismo é tão banal que carrega em si a rejeição das simplificações óbvias, e por isso mesmo, tem o poder de passar despercebido: a Constituição

Federal (art. 5º, Inciso X) em caráter geral, com a força hierárquica que impõem a Lei Maior da República, determina que se proceda a reparação pecuniária do dano moral. O legislador constituinte (e o infraconstitucional) apenas não fixou parâmetros de mensuração em função da adequação do geral ao especial fundamentalmente no que se refere à extensão do dano e à condição econômica do causador do dano. Em nenhum momento, todavia, deixou o constituinte de “tabelar” a reparação em razão de algum prurido em valorar a dor moral, pois não se tratava de manusear valores, sim, preços.

Assim, o silogismo impõe-se conciso: I) o dano moral é indenizável por normatização da Constituição Federal; II) a indenização se materializa em valores pecuniários; III) a obrigação é de pagar por força de lei.

Se a ordenação é lógica, o raciocínio apodítico, por que inserir no cálculo um elemento exógeno como a dor moral? A dor moral é causa da indenização, mas não se justifica formalmente na composição de uma computação quantitativa.

Para tanto, a indenização é reflexo direto da obrigação jurídica de pagar “o preço” e da capacidade de pagamento do causador do dano e os fatores de quantificação do cálculo lastreados exclusivamente na dimensão fática. Não há qualquer ligação com a dor moral do ponto de vista valorativo, esse conceito, como foi exposto, presta-se apenas como desencadeador do ato ilícito da obrigação jurídica, nada mais.

Desta forma o erro conceitual que gera toda a celeuma na fixação do valor da indenização por danos morais se resume em dois aspectos que se complementam e interagem: a) A fixação do quantum é de natureza comparativa (preço), a causa do dano é de natureza valorativa (valor); b) A dimensão que deve servir de plataforma para a fixação do quantum é a fática, ambientada no mundo dos fatos pretéritos. Jamais se pode admitir que seja usada, com esse fim, a dimensão deontológica e axiológica da norma e do valor.

Um tabelamento, como se tenta fazer e defendem alguns, não é a solução pragmática que se admita para a fixação da indenização por danos morais. Não que o obstáculo venha de uma origem conceitual, pois como foi visto, em se tratando de quantificar há viabilidade em qualquer parâmetro numérico, todavia, uma tabela imobilizaria a discricionariedade do julgador e o conseqüente caráter exemplar da condenação em relação à sociedade local e a relevância punitiva e repressora para o causador do dano.

O trabalho, que se pretende introdutório para outros buscando entender e explicar vários aspectos como as ligações culturais e até psicológicas dos julgadores com a fixação das indenizações, por exemplo, não manifesta intenção de se postar acabado, tampouco conclusivo.

A maior contribuição que se pode colher nessa ocasião é a constatação que não se mudará uma “cultura” sem que se desseque a natureza e o objetivo da norma, conheça e identifique os erros conceituais que se instalaram na aplicação e interpretação. Com a necessária audácia, determinação e rigor científico, eis uma necessária provocação.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P.102.

DIAS, Reinaldo. **Introdução à Sociologia**. 2. ed. São Paulo: Pearson, 2010.

GUSMÃO, Luís de. **O Fetichismo do Conceito: Limites do conhecimento teórico na investigação social**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

KELSEM, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEM, Hans. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAKATUS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia Geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

UNAMUNO, Miguel. **Névoa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VILA NOVA, Sebastião. *Introdução à Sociologia*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004.