

Coordenadores
Janaina Conceição Paschoal
Renato de Mello Jorge Silveira

LIVRO HOMENAGEM A MIGUEL REALE JÚNIOR



GZ
EDITORA

COORDENADORES
JANAINA CONCEIÇÃO PASCHOAL
RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

LIVRO HOMENAGEM A MIGUEL REALE JÚNIOR

AUTORES

Alamiro Velludo Salvador Netto • Alexandre Wunderlich • Ana Elisa Liberatore S. Bechara • Ângelo Roberto Ilha da Silva • Antonio Carlos de Paula Campos • Antônio Scarance Fernandes • Celso Lafer • Cláudio Tucci • Cláudio Tucci Júnior • Conrado Gontijo • David Teixeira de Azevedo • Eliezer Gomes da Silva • Eros Roberto Grau • Fábio Guedes de Paula Machado • Fausto Martin de Sanctis • Fernanda Mynarski Martins-Costa • Flavio Flores da Cunha Bierrenbach • Helena Regina Lobo da Costa • Heloisa Estellita • Ignacio Berdugo Gómez de la Torre • Janaina Conceição Paschoal • João Benedicto de Azevedo Marques • João Daniel Rassi • João Florêncio de Salles Gomes Junior • José Carlos Madia de Souza • José Eduardo de Almeida Leonel Ferreira • José Roberto Goldim • Judith Martins-Costa • Juliana Bierrenbach • Leandro Sarcedo • Luciano Anderson de Souza • Luiz Guilherme Mendes de Paiva • Luiz Olavo Baptista • Luiz Regis Prado • Márcia Santana Fernandes • Mariana Pargendler • Mariângela Gama de Magalhães Gomes • Marina Pinhão Coelho Araújo • Maurício Schaun Jalil • Nilo Batista • Oscar Vilhena Vieira • Pierpaolo Cruz Bottini • Renato de Mello Jorge Silveira • Renato Silvestre Marinho • René Ariel Dotti • Roberto Augusto de Carvalho Campos • Rogério Fernando Taffarello • Rosmari Aparecida Elias Camargo • Sérgio Hefmeister Martins-Costa • Sérgio Salomão Shecaira • Tatiana de Oliveira Stoco • Tercio Sampaio Ferraz Junior • Vicente Greco Filho • Victor Gabriel Rodríguez

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro
2014

1ª edição – 2014

© Copyright

Alamiro Velludo Salvador Netto • Alexandre Wunderlich • Ana Elisa Liberatore S. Bechara •
Ángelo Roberto Ilha da Silva • Antonio Carlos de Paula Campos • Antônio Scarance Fernandes • Cezar Lafer • Claudio
Tucci • Cláudio Tucci Junior • Conrado Gontijo • David Teixeira de Azevedo • Eliezer Gomes da Silva •
Eros Roberto Grau • Fábio Guedes de Paula Machado • Fausto Martin de Sanctis • Fernanda Mlynarsk Martins-Costa
• Flávio Flores da Cunha Bierrenbach • Helena Regina Lobo da Costa • Heloisa Estelita • Ignacio Berjugo Gomez de
Torre • Janaina Conceição Paschoal • João Benedito de Azevedo Marques • João Daniel Rassi • João Floriano
de Salles Gomes Junior • José Carlos Madia de Souza • José Eduardo de Almeida Leônel Ferreira • José Roberto
Goldim • Judith Martins-Costa • Juliana Bierrenbach • Leandro Sarcedo • Luciano Anderson de Souza • Luiz
Guilherme Mendes de Paiva • Luiz Olavo Baptista • Luiz Regis Prado • Márcia Santana Fernandes • Mariana
Pargendler • Mariângela Gama de Magalhães Gomes • Marina Pinhão Coelho Araújo • Mauricio Schautzka
• Nilo Batista • Oscar Vilhena Vieira • Pierpaolo Cruz Boltini • Renato de Mello Jorge Silveira • Renato Silvestre
Marinho • René Ariel Dotti • Roberto Augusto de Carvalho Campos • Rogério Fernando Taffarelli
• Rosmari Aparecida Elias Camargo • Sérgio Hofmeister Martins-Costa • Sérgio Salomão Sheclaire
• Tatiana de Oliveira Stoco • Tercio Sampaio Ferraz Junior • Vicente Greco Filho • Victor Gabriel Rodriguez

Foto da capa

Nilton Fukuda / Estádio Conteúdo

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

H725

Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior / organização Janaina Conceição Paschoal,
Renato de Mello Jorge Silveira. - 1. ed. - Rio de Janeiro : LMJ Mundo Jurídico, 2014.
842 p. : il. ; 24 cm.

ISBN 978-85-62027-48-2

1. Reale Júnior, Miguel, 1944-. 2. Direito penal. 3. Direito - Brasil. I. Paschoal, Janai-
na Conceição. II. Silveira, Renato de Mello Jorge.

14-11761

CDU: 343.1(81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer for-
ma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da
divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar
obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, van-
tagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente respon-
sável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores
o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota
fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
GZ EDITORA

contato@editoragz.com.br
www.editoragz.com.br

Av. Erasmo Braga, 299 - sala 202 - 2º andar - Castelo - RJ
CEP: 20020-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 - Fax: (0XX21) 2240-1511

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

DANO MORAL À BRASILEIRA¹

Judith Martins-Costa

Sumário: Introdução. 1. Critérios para alcançar a noção de dano moral no Direito brasileiro. 2. A função da responsabilidade civil por dano moral (dano extrapatrimonial). 2.1. As diferenças em relação à experiência estrangeira. 2.2. A função compensatória e a inconstitucionalidade da função punitiva, inclusa a do “dano social”. 3. Da fixação dos danos extrapatrimoniais. 3.1. Os *standards* usuais. 3.1.1. A gravidade da culpa do ofensor: “risco permitido” e “incremento do risco”. 3.1.2. A conduta da vítima ou “culpa do lesado”. 3.1.3. A correspondência com a gravidade – extensão do dano. 3.1.4. A condição pessoal das partes. 3.1.5. O grau de sofrimento da vítima. 3.2. O método bifásico. 4. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Com razão já foi dito que a expressão “dano moral” designa um “enormemente difícil conceito”². Entre nós, o seu tratamento dogmático, todavia, se tem dado, no mais das vezes, de modo simplista, atécnico e disfuncional aos próprios fins que a responsabilidade civil, como instituto jurídico, está voltada a proteger, isto é: a *reparação* (no caso de lesão a interesse patrimonial) ou a *compensação* (quando ofendido interesse extrapatrimonial) *de danos injustamente cometidos*. Modo geral, parca é a atenção aos *filtros* ou *critérios* que discernem entre a indenizabilidade de “qualquer dano” e os danos merecedores de tutela jurídica por via indenizatória.

Nenhum sistema jurídico, todavia, pode conviver com a ausência de tais filtros ou critérios para a identificação de danos indenizáveis, pois “os bens jurídicos *pessoa* e *patrimônio* são demasiado extensos para que toda e qualquer ingerência ou ataque (*Eingriff*) possa dar lugar a uma obriga-

- 1 Para Miguel que, entre muitas outras coisas, ensinou-me que há unidade no Direito apesar da diversidade funcional e valorativa de seus campos e institutos.
- 2 Com acerto, Díez-Picazo ao observar: “No es lo más grave la trivialización que se produce de este enormemente difícil concepto, sino la deformación que es consecuencia de ello, de manera que si era comprensible que nunca hubiéramos tenido una idea especialmente clara de qué debe entenderse por ‘daño moral’, esa idea es hoy menos clara que nunca, como ocurre casi siempre cuando los conceptos jurídicos complejos caen en manos de juristas desprovistos de la necesaria experiencia”. DÍEZ-PICAZO, Luiz. *El escándalo del dano moral*. Madrid: Civitas, 2008, p. 13-14.

ção de indenização".³ Justamente por isto é função principal da disciplina da Responsabilidade Civil determinar, dentre os inúmeros eventos danosos que ocorrem cotidianamente, quais devem ser transferidos da vítima ao autor do dano, conformemente à ideia de justiça dominante na sociedade.⁴

Essa questão se torna particularmente aguda no que toca ao dano moral (*rectius*: dano extrapatrimonial),⁵ porque, ao contrário do que se verifica quanto às lesões causadas ao patrimônio, de nada adianta aqui invocar a Teoria da Diferença,⁶ pela qual a indenização há de ser igual à diferença no patrimônio da vítima tendo em vista os momentos antecedente e posterior à ocorrência do evento danoso. Demais disto, no atinente ao dano extrapatrimonial, não se estabeleceu, ainda, uma firme e sólida construção dogmática acerca dos limites do *interesse indenizável*,⁷ como ocorreu, ao longo dos séculos, quanto à responsabilidade por dano patrimonial.

No esclarecimento dessas questões também pouco socorre a legislação, pois não aponta aos elementos que permitiriam fixar um conceito *relativamente preciso* de dano moral. A previsão é genérica: a Constituição Federal, no art. 5º, inciso X, assegura "a indenização pelo dano material ou moral" decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, parecendo contrapor o *moral* ao *material* (equivalendo-o, portanto, ao *imaterial*), o que não é de boa técnica nem está de acordo com o sentido das palavras – material e imaterial – na língua portuguesa.⁸ O Código

3 MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 175.

4 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Intraduzione al diritto comparato*. Istituti. Milano: Giuffrè, 1995, v. II, p. 316, como segue: "{...} il compito principale della disciplina della responsabilità per fatto illecito consiste nel definire, tra gli innumerevoli eventi dannosi che occorrono quotidianamente, quali di essi debbano essere trasferiti dal danneggiato all'autore del danno, conformemente alle idee di giustizia ed equità dominanti nella società".

5 Assim tratou-se em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, t. II, v. V, p. 467-470.

6 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, t. II, v. V, p. 168-169.

7 Transcrevo: "O que indica a noção normativa do dano, acolhida pela Teoria do Interesse é que se impõe a verificação – além da existência de dano no sentido naturalista – de haver ou não *interesse legítimo violado*. Daí ser o dano dimensionado em relação ao legítimo interesse daquele que sofreu o dano, interesse, contudo, estabelecido nos limites da imputação" (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, t. II, v. V, p. 169-170).

8 Resta evidente a má técnica, pois bens imateriais (como a energia elétrica) são bens patrimoniais (isto é, dotados de valor patrimonial), e não extrapatrimoniais. O acertado seria discernir entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial.

Civil alude no art. 186 à causação de dano a outrem “ainda que exclusivamente moral” e, no art. 52, assegura às pessoas jurídicas a extensão, no que couber, da proteção aos direitos da personalidade, além de conter previsões pontuais ao dever de indenizar. Já o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não menciona a expressão “dano moral”, mas, por força das previsões contidas na Constituição Federal e no Código Civil, é plena, em seu regime, a indenizabilidade dos danos patrimoniais e não patrimoniais.

A jurisprudência, por sua vez, não dá resposta unívoca (ou, ao menos, relativamente segura) à questão de saber qual é o conteúdo do dano moral. Como demonstra pesquisa elaborada por André Rodrigues Corrêa,⁹ as primeiras decisões brasileiras trataram, a rigor, sobre os reflexos não patrimoniais de danos patrimoniais.¹⁰ Começou-se, pois, por atrelar o fundamento da admissibilidade dos danos extrapatrimoniais a argumento de ordem econômica.¹¹ O panorama se alterou com a edição da Súmula nº 37 do STJ, que reconheceu a autonomia do “dano moral puro”, mas somente a partir da década de 1980 houve o assentamento jurisprudencial da possibilidade da indenização do dano moral independentemente de sua conexão com danos patrimoniais presentes e/ou futuros.

9 CORRÊA, André Rodrigues. A genealogia da reparação dos danos extrapatrimoniais na jurisprudência dos tribunais superiores: do tratamento restritivo ao reconhecimento da indenizabilidade irrestringível. In: PÜSCHEL, Flávia Portella. (Coord.). *Projeto Pensando o Direito*. Pesquisa: Dano Moral. Brasília: Fundação Getúlio Vargas e Ministério da Justiça. Convocação 01/2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Trata-se de relatório acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre os limites constitucionais e infraconstitucionais à vigência de regras instituidoras de limitação *a priori* aos valores pagos a título de indenização por dano moral, (regras instituidoras de “tarifa” ou “tabelamento” para a indenização do dano moral).

10 Antes da edição da súmula nº 491 do STF, poucos e esparsos julgados identificavam a possibilidade de satisfação do chamado dano moral puro, isto é, sem que fosse necessária a identificação de reflexo patrimonial, v.g.: duas decisões proferidas no ano de 1913 (RT 08/180 e RT 11/351) relatadas, respectivamente, pelos Min. Pedro Lessa e Manoel Martins, assim como as Apelações Cíveis 3.585, j. 1920 (RF 37/202), 7.526, 1940 (RF 60/477) e as REsp 49.860/MS, 1963, e 59.911/CE e 59.358/GB, ambos julgados em 1967.

11 Será indenizável o dano moral pela morte de filho apenas “se ocasionasse também dano material, pois o menor é fonte de despesa e não de receita”. Vide a cuidadosa análise dos precedentes da Súmula STF nº 491 realizada por CORRÊA, André Rodrigues. A genealogia da reparação dos danos extrapatrimoniais na jurisprudência dos tribunais superiores do tratamento restritivo ao reconhecimento da indenizabilidade irrestringível. Em PÜSCHEL, Flávia Portella. (Coord.). *Projeto Pensando o Direito*. Pesquisa: Dano Moral. Brasília: Fundação Getúlio Vargas e Ministério da Justiça. Convocação 01/2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>.

O exame dos precedentes à Súmula nº 37¹² oferece algumas pistas quanto ao conteúdo que viria a ser dado à noção de dano moral, principalmente no que tange à sua identificação com *sentimentos* (dor, vexame, humilhação etc.) e à atribuição de um *caráter punitivo* à indenização, daí para frente ganhando corpo o entendimento segundo o qual o dano moral tem uma *dúplice função*: punitiva ao ofensor e compensatória aos sentimentos (dor, vexame, humilhação, menoscabo) da vítima.¹³ Desde então entrou em cena no Direito brasileiro, pela porta dos Tribunais Superiores, a ideia do dano moral como lesão a *sentimentos* ou a *estados anímicos*, uma concepção que fizera sucesso nos foros franceses e italianos do final do séc. XIX e início do séc. XX, sendo esse vetusto entendimento ainda hoje persistente no plano jurisprudencial e em parcela da doutrina, embora, – como oportunamente será destacado – autorizadas vozes doutrinárias propugnem o afastamento dessa senda.

Assim, desprendida de sua conotação original que a relacionava aos agravos à honra ou à reputação e equiparada à noção mais ampla de *dano extrapatrimonial*, a expressão “dano moral” passou a designar um “conceito-passaporte”, permitindo ao juiz ajustar e reajustar as soluções conforme entenda necessário, oportuno ou conveniente, inclusive de forma divorciada do ordenamento legal.

De fato, entre nós essa figura tem servido para acobertar com um único e idêntico manto o pagamento de indenizações a um infindável número de hipóteses: do extravio de malas em viagem aérea¹⁴ à “falta de afeto”

12 No STJ. Segunda Turma. REsp 3.604/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19.09.1990; REsp 4.236/RJ. Terceira Turma. Rel. para Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, j. 04.06.1991; REsp 3.229/RJ. Terceira Turma. Rel. para acórdão Min. Claudio Santos, j. 10.06.1991; REsp 10.536/RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Dias Trindade, j. 21.06.1991, REsp 1.604/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 09.10.1991.

13 Exemplificativamente: STJ. Quarta Turma. REsp nº 389.879/MG. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.04.2002. DJ 02.09.2002. Veja-se, ainda: STJ. Quarta Turma. REsp 246.258/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.04.2000; Terceira Turma. REsp 337.739/SP. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 05.02.2002, este, *in verbis*: “I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.”

14 STF. Segunda Turma. RE 172.720/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.02.1996: “Indenização – Dano Moral – Extravio de mala em viagem aérea – Convenção de Varsóvia – Observação mitigada – Constituição Federal – Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.”

reclamado por filhos privados do convívio paterno;¹⁵ do “sentimento de menoscabado” pelo descumprimento de um contrato à “humilhação” por permanecer alguns minutos em filas bancárias no aguardo de atendimento; da “frustração” por se ter adquirido um produto não correspondente às expectativas do comprador ao “sofrimento” pela perda de um animal de estimação por ato alheio; do “vexame” por escorregar em piso molhado de supermercado, ao “desgosto” por adquirir um veículo desconforme às mais subjetivas expectativas de desempenho.¹⁶ Inclusos nesse rol estão um sem número de ataques – reais ou supostos – à *dignidade da pessoa hu-*

- 15 STJ. Terceira Turma. REsp 1.159.242/SP. Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 24.04.2012. Entendo, todavia que todos têm direito à consideração e ao respeito alheios, os necessitados têm direito a alimentos por parte daqueles imputados pela lei como seus responsáveis, inclusive para as despesas médicas necessárias ao resguardo de sua integridade psíquica, mas ninguém tem “direito subjetivo ao afeto” como parecem supor certas decisões judiciais que, influenciadas pelo crescente materialismo da nossa cultura, creem que tudo se compra, pretendendo transformar em dever jurídico o amor aos filhos. Os pais têm, sim, dever de proteger, cuidar, educar e alimentar, mas não amar, pois o amor não é dever: é espontaneidade, é radical exercício da liberdade e da singularidade – do contrário, não é amor. Em meu modo de ver acertada é a decisão dos Desembargadores da 12ª Câmara Cível do TJMG. Apelação Cível nº 1.0251.08.026141-4/001. Rel. para o Acórdão Des. Alvimar de Ávila, j. 29.10.2009 assim ementada: “Ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor”. Por isso confirmaram decisão que negou a uma desempregada residente em Sabará (MG) indenização por danos morais contra seu pai, pela “ausência da figura paterna em sua vida”. Segundo o eminente relator, “a paternidade requer envolvimento afetivo e se constrói com o passar do tempo, através de amor, dedicação, atenção, respeito, carinho, zelo etc., ou seja, envolve uma série de sentimentos e atitudes que não podem ser impostos a alguém e muito menos serem quantificados e aferidos como dano indenizável”.
- 16 Um juiz gaúcho pediu indenização por dano moral por escolha de modelo de carro Toyota alegando ter havido erro na escolha do modelo do carro adquirido – argumentou que desejava “comprar o modelo mais luxuoso da série”, mas posteriormente constatou ter “adquirido um carro intermediário por erro na informação prestada pelo vendedor”. Em boa hora, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu não conceder a reparação por dano moral ao comprador, reiterando o princípio da autorresponsabilidade (TJRS. Apelação Cível nº 70018603159, Décima Câmara Cível, Rel. Paulo Antônio Kretzmann, j. 14.06.2007. Eis o teor da ementa do Tribunal gaúcho: “Relação de consumo. Vício do produto. Automóvel. Modelo novo e modelo antigo. Diferenças de tecnologia (qualidade). Ausência de vício de qualidade. Alegação de sonegação de informações por ocasião da venda, respeitante às diferenças tecnológicas entre o modelo antigo (LE), mais completo, e novo (XEI), mais simples. Pretensão do comprador de haver reparação por dano moral, além do montante equivalente à tecnologia que diferencia os veículos. Decadência e prescrição. Vício do produto e fato do produto. Pretensão quanto ao vício de qualidade decadente. Pretensão de reparação por dano moral não atingida pela prescrição. CDC, artigos 26 e 27. Fato do serviço. Inocorrência. Ação julgada improcedente. Apelo improvido. Decadência declarada quanto ao alegado vício”.

mana, que se configurariam na “ofensa ao sentimento íntimo e pessoal do lesado”,¹⁷ além de casos verdadeiramente escandalosos, como o da consumidora que fez chegar ao Supremo Tribunal Federal¹⁸ sua “grande frustração” ao abrir um pacote de pão de queijo, comprado em supermercado no valor de R\$ 5,69 (cinco reais e sessenta e nove centavos), que, apesar de estar com o prazo de validade perfeitamente regular, continha alguns pãezinhos mofados, impedindo-a “de consumi-los normalmente”.

É corriqueiro encontrar, conectadas à expressão *dano moral*, como se descrevessem o seu conteúdo, as palavras “frustração”, “vexame”, “humilhação”, “constrangimento”, “mal evidente”, “vergonha”, “desgosto”, “aflição”, “emoções negativas”, “desconforto”, “constrangimento”, “aborrecimento e humilhação” ou “sentimento ruim”,¹⁹ tomando-se por “ofensa a sentimento

- 17 Exemplificativamente: TJRS. Apelação Cível nº 70003360344. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta, j. 29.05.2002. Ementa: “Negócio jurídico bancário. Contrato de remuneração financeira - investconta vinculado ao contrato de conta-corrente. Ação de indenização por danos patrimoniais e morais. Relação de consumo (art. 3º, § 2º, c/c art. 29 do CDC). 1. Contrato de adesão. Concessão de crédito fluante com base em volume de aplicações financeiras. Cláusula adesiva de resgate automático. Ausência de autorização expressa do correntista para a baixa de valores da aplicação. Falta de prova concludente da instituição financeira a comprovar a reaplicação de parte mínima do numerário. Exegese do art. 333, II, do CPC. 2. Serviço bancário defeituoso que não oferece a segurança ao correntista. Exegese do art. 14, I, do CDC. Ofensa aos princípios da confiança e da boa-fé contratual. 3. Danos patrimonial e moral. O dano patrimonial corresponde aos prejuízos financeiros ante a falta de remuneração do investimento. O dano moral representa a ofensa à dignidade da pessoa humana, configurando-se na ofensa ao sentimento íntimo e pessoal do lesado (art. 1º, III, c/c art. 5º, V e X, da CF/88). 4. Provida a apelação do autor e desprovido o recurso do Unibanco”.
- 18 STF, ARE 729.870/RJ. Decisão Monocrática. Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 8.10.2013. Conquanto tenha sido prontamente ressarcida pelo estabelecimento a consumidora, não satisfeita, ajuizou, seis meses passados da compra, ação indenizatória por dano moral postulando a “compensação” de 5 mil reais, tramitando a ação – impulsionada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – durante cinco anos, ocupando, naturalmente, vários funcionários públicos (desde funcionários administrativos até ministros do STF). Ao confirmar a denegação do pedido, alertou o Ministro Rel. para o alto custo financeiro envolvido em tal espécie de demanda, custo este, “milhares de vezes superiores ao valor econômico da causa”, bem como ao “gasto de tempo que impõe aos serviços judiciários a insistência em recorrer, em situações da espécie”. O exemplo é eloquente do fato de demandas frívolas, destituídas de qualquer sombra de gravidade, como a acima mencionada, aliadas a um sistema processual cujos filtros são ainda frágeis, apesar das infundáveis reformas processuais, impõem à Nação custos financeiros que pesam, ao final, sobre todos os cidadãos, e contribuem para a inviabilização do sistema judiciário.
- 19 Exemplificativa dessa linha, a decisão: “O dano moral pode ser considerado a dor, a tristeza, que se impõe a terceiro, de forma que não tenha repercussão alguma no patrimônio. Não pode, por isso, duvidar-se que o homem possui bens espirituais ou morais, que lhe são preciosos e queridos, tanto ou mais do que os bens materiais.

íntimo" o que, para o Direito, haveria de ser injusta lesão ao direito de ser respeitado e de gozar da consideração devida a todos os seres humanos.

Importa, bem por isto, apontar criticamente os critérios comumente oferecidos para desenhar a noção de "dano moral", pois ao Direito, que é *ordenamento*, na dupla função de ordenar (determinar) e "pôr em ordem" o caos da vida, não é lícita tamanha cacofonia. Cabe, assim, o esforço para ensaiar critérios (Primeira Parte) que permitam alcançar uma noção de dano extrapatrimonial racionalmente apreensível e democraticamente controlável, demonstrando (Segunda Parte) por que dela devem ser extirpados os elementos punitivos que lhe foram introduzidos pela doutrina e jurisprudência, muito embora (Terceira Parte) a doutrina gerada pelos penalistas possa servir – com as necessárias adaptações no processo de transplante – na concretização de um dos critérios para a fixação do *quantum* indenizatório.

1. CRITÉRIOS PARA ALCANÇAR A NOÇÃO DE DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

Nascido na Idade Média como uma resposta a danos pessoais ocasionados por lesões no curso de torturas infligidas por juízes inquisidores²⁰, o entendimento do dano moral como "dor" está, em termos de Direito Comparado, claramente ultrapassado. Entre nós, porém, é repetido de forma acrítica e quase que mecânica, sendo legitimado por expressiva parcela da jurisprudência e doutrina brasileiras ainda hoje. Os autores estão divididos, *grosso modo*, entre três *entendimentos* acerca do conteúdo conceitual da expressão dano moral,²¹ relacionados a três *critérios*, a saber: o da natureza do direito subjetivo ou da vantagem atingidos pela lesão; o do efeito do dano relativamente à vítima; e o misto.²²

Pelo critério da *natureza do direito violado* (ou da vantagem prejudicada), busca-se saber se a vantagem lesada pelo ato antijurídico do ofensor

Esses bens são, sem dúvida, complemento daqueles; pois fornecem meios, não somente para se obter duração, saúde e bem-estar físicos ou do corpo, mas também para se alcançar a saúde e o bem-estar morais ou do espírito, mediante alegrias, prazeres, doçuras afetivas, distrações, confortos, leituras, espetáculos naturais e artificiais, viagens encantos da vida" (TJSP. Segundo Tribunal de Alçada Civil. Ap. c/ Rev. nº 649.274-00/3. Décima Câmara. Relator Juiz Irineu Pedrotti, j. 26.06.2003; v.u.).

20 WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Tradução para o italiano de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, v. 2, § 455, p. 765, nota 31.

21 Não se fará referência à responsabilidade extrapatrimonial da pessoa jurídica, que obedece a fundamentos e a critérios em tudo diversos dos atinentes à pessoa humana.

22 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 155-158 e p. 327.

situa-se na *esfera patrimonial* (isto é, econômica ou imediatamente avaliável economicamente) ou na *esfera extrapatrimonial* da pessoa. Todos nós “somos” alguém e “temos” algo. O dano extrapatrimonial atinge o que “somos”; o dano patrimonial afeta o que “temos”. Esse critério apresenta uma faceta *positiva*, ligando o dano moral aos direitos da personalidade,²³ e a outra *negativa*, definindo o dano moral por exclusão (será dano moral todo o dano indenizável que não é dano patrimonial), sendo o patrimônio a “linha de corte”: a lesão *não foi* produzida na esfera patrimonial.²⁴ Não haveria, pois, necessária ligação com os direitos da personalidade, de modo que todo dano não qualificável como dano emergente ou lucro cessante poderia ser tido como dano moral.

Pelo segundo critério (o do efeito do dano), apura-se o dano pelo *efeito da lesão*, isto é, pela *sua repercussão sobre o lesado*. Nesse caso, se considera “dano moral” o efeito não patrimonial da lesão a um bem patrimonial tutelado, como sustentado por José de Aguiar Dias²⁵ e seguido por majoritárias doutrina²⁶ e jurisprudência²⁷. Porém, normalmente, o efeito da lesão é

- 23 Entre os autores que a sustentam: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 155-158 e p. 327; LOBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Jurídica* 284, ano 49, jun. 2001, p. 16; ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, nº 759, p. 11-23, jan. 1999, p. 13. Também: TJRS. Apelação Cível nº 70020068375. Quarta Câmara Cível. Rel. Des. Araken de Assis, j. 17.10.2007; FACCHINI, Eugênio Neto; WESSENDONCK, Tula. Danos existenciais. “Precificando” lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, nº 12, p. 229-267, jul./dez. 2012, p. 232. Uma versão particularizada desse critério é defendida por Sergio Cavaliere Filho que sustenta a conveniência de “uma releitura do dano moral conforme o princípio da dignidade da pessoa humana”, nada mais sendo este princípio “do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos”. E alerta: “dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequências, não causas” (CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, especialmente p. 89 e ss.).
- 24 Exemplificativamente: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378. No mesmo sentido, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 566; *idem*, RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 15ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, p. 190.
- 25 AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12ª ed. rev. atual e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 839.
- 26 AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 714-715; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 54; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil*. 11ª ed. aum. e atual. 1997, v. 7, p. 82. CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19-20.
- 27 Exemplificativamente: STJ. REsp nº 215.666/RJ. Quarta Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.06.2001, publicado em 29.10.2001; TJRS. Apelação Cível nº 70014670368. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 08.08.2007, publicado em 15.08.2007.

traduzido em termos de sentimentos: dor, humilhação, sofrimento, vexame, menoscabo²⁸ etc., o que tem sido objeto de vivas críticas, afirmando com precisão Paulo LOBO: “A dor é uma consequência, não o direito violado”.²⁹

Outra dificuldade deste critério está em discernir entre o efeito extrapatrimonial da lesão patrimonial e o chamado *dano patrimonial indireto*, pois estes, embora atinjam interesses não patrimoniais, como, exemplificativamente, a reputação, refletem-se no patrimônio do lesado como ocorre, *e.g.*, com o advogado que perde a clientela em virtude de dano injusto à sua reputação profissional, causada por difamação. Nesse caso a indenização será por dano patrimonial. Diferentemente se verifica quando, por exemplo, alguém contrata, por comodato, o empréstimo de residência alheia, mas acaba, por negligência, por danificar álbum de fotografias cujo valor patrimonial é mínimo, mas o valor afetivo é intenso para o comodante. Nesse caso, o comodatário, além de responder pelo inadimplemento do contrato (Código Civil, art. 582), responderá pelo dano moral relativo à destruição culposa das fotografias.

E, por fim, é também deficiente esse critério por possibilitar o entendimento – incorreto e perigoso – de que todo inadimplemento contratual provoca também dano moral. Como se escreveu alhures,³⁰ em linha de princípio não se reconhece dano extrapatrimonial pelo fato do inadimplemento das obrigações em si mesmo considerado³¹ (por isso nada aludindo o art. 402 a esse respeito). Esse reconhecimento se dá apenas excepcionalmente, quando a relação obrigacional consiste no *ambiente que ocasiona danos extrapatrimoniais*. Isto ocorre quando, por força da situação jurídica obrigacional, é atingido injustamente interesse extrapatrimonial da contraparte.³²

Finalmente, há o *critério misto*, que conjuga ambos os anteriores. Considera-se constituir dano moral reparável tanto o agravo a bem jurídico

28 Exemplificativamente: CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18.

29 LOBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Jurídica* 284, ano 49, jun. 2001, p. 16-17. Em sentido similar: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157. ASS S, Araken de. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo v. 88, nº 759, p. 11-23, jan. 1999, p. 13, *in verbis*. Também FACCHINI, Eugenio Neto. WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “Precificando” lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, nº 12, p. 229-267, jul./dez. 2012, p. 232-233.

30 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, t. II, v. V, p. 461.

31 CAHALI, Yussef Sa d. *Dano moral*. 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 530.

32 Exemplificativamente: STJ. REsp 714.947/RS. Quarta Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 28.03.2006, publicado em 29.05.2006.

situado na esfera extrapatrimonial, quanto o efeito não patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial, desde que dotado de suficiente gravidade.

O primeiro critério (natureza do direito, bem ou interesse lesado) parece ser o mais adequado: danos extrapatrimoniais podem decorrer – principalmente – da afronta a direito da personalidade, entendida em seu amplo espectro, compreensivo de três esferas, atinentes ao ser humano biológico, ao ser humano moral e ao ser humano social. Mas, igualmente, pode ser gerado pela lesão a outros direitos situados na esfera extrapatrimonial, v.g. os direitos pessoais alocados na esfera familiar.³³ Inegavelmente, porém, é na afronta a direito da personalidade – em suas três esferas, a biológica, a da singularidade e a social – que se verifica a maior quantidade de ocorrência de danos morais.

Entre os bens imediatamente ligados ao *ser humano biológico* estão a *vida* e a *saúde*,³⁴ esta compreendida de forma ampla, ou seja, física, psi-

33 Na opinião de Clóvis do Couto e Silva, a responsabilidade por dano extrapatrimonial decorre de lesão ao direito de personalidade, mas também pode ser gerada da lesão a outros direitos ou interesses (COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, nº 667, p. 7-16, mai. 1991, p. 13). Para Fernando Noronha, da violação dos direitos de personalidade podem resultar tanto danos patrimoniais como extrapatrimoniais (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 444). Carlos Alberto Bittar também não subsume integralmente dano moral e lesões à personalidade, pois no seu entender, embora o dano extrapatrimonial seja aquele que atenta contra a personalidade, “nem todo atentado a direitos da personalidade em geral é apto a gerar dano de cunho moral” na medida em que alguns danos aos bens da personalidade podem produzir efeitos no âmbito patrimonial (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil dos danos morais*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 61).

34 Exemplificativamente: TJRS. Apelação Cível 70002337749. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 30.05.2001: “Acidente de trabalho. Responsabilidade do empregador. Hipoacusia neurosensorial. Nexo causal. 1) Responsabilidade do Empregador: A responsabilidade civil do empregador é subjetiva, exigindo a presença de culpa. Art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, do art. 159 do Código Civil e da Súmula nº 229 do STF. 2) Ônus da Prova: Em princípio, o ônus da prova é da vítima, inclusive no que tange à culpa da empresa empregadora. Entretanto, tratando-se do respeito a normas de segurança do trabalho (NR – emitidas pelo Ministério do Trabalho), o ônus da prova do seu correto e adequado cumprimento é da empresa empregadora. 3) Culpa do Empregador. A culpa está evidenciada no caso concreto pelo não fornecimento de EPIs e, igualmente, pela ausência de Certificado de Aprovação (CA) e do Nível de Redução de Ruído (NRR) dos mesmos. 4) Teorias acerca do Nexo Causal: Embora predomine o entendimento de que a teoria da causalidade adequada seja a prevalente na responsabilidade civil, mostra-se conveniente a sua compatibilização com a teoria da equivalência dos antecedentes para efeito probatório. Compete ao autor demonstrar que o fato imputado ao réu situa-se dentro do leque de “condições” aptas à provocação dos danos sofridos. Compete ao réu provar que esse fato é causa inadequada dentro do processo causal que culminou com a ocorrência do dano. Doutrina e jurisprudência acerca da matéria. 5) Nexo de Causalidade no Caso:

quica e emocionalmente; e as *necessidades vitais* (sono, repouso, alimentação, vestuário, etc.). Dentre os bens imediatamente ligados ao *ser humano moral* (ou atinentes à sua singularidade estrita) estão a *integridade moral, intimidade, vida privada, identidade e a expressão da singularidade pessoal* – que incluem o direito ao nome, prenome, sobrenome, cognome e à imagem – todos estando profundamente ligados ao *respeito à autonomia pessoal e ao princípio da exclusividade*. Este, por sua vez, inclui as escolhas pessoais de profissão, o direito à diferença de orientação sexual, a escolhas dos afetos e as demais escolhas da vida privada, inclusive da vida familiar, como a educação dos filhos, correspondendo ao que Ascensão chama de *direitos à individualidade*³⁵, isto é: os que dão ao ser humano as condições para a realização do seu projeto pessoal. E, finalmente, tendo em vista que a pessoa humana se demarca socialmente na alteridade, situam-se os bens imediatamente ligados ao *ser humano social*. São protegidos bens tais como a boa reputação, o respeito nas relações profissionais³⁶ e pessoais, a não discriminação por etnia, opção sexual, religião, educação etc.

Demonstração do nexa causal entre alto nível de pressão sonora do ambiente laboral e a perda auditiva induzida por ruído (PAIRO). 6) Danos Patrimoniais: Remessa para liquidação de sentença da quantificação dos danos patrimoniais ensejados pelo acidente de trabalho, uma vez que o laudo médico judiciário não consignou o valor percentual (tabela DPVAT) da redução da capacidade do examinado. 7) Dano Moral: Lesões graves que acarretaram incapacidade parcial e permanente para o empregado acidentado, atingindo bem jurídico ligado à esfera dos direitos de personalidade (integridade físico-corporal e saúde). Caracterização do dano moral, sendo a indenização arbitrada segundo precedentes desta Câmara. Arbitramento em 30 SM. Sentença de improcedência reformada. Apelação totalmente provida.”

35 ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no código civil brasileiro. *Revista Forense*, v. 94, nº 342, abr./jun. 1998, p. 128.

36 Em São Paulo, os Desembargadores da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (Acórdão nº 20090875219, Rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. 06.10.2009) conferiram indenização a trabalhadores que eram chamados, por seu empregador, de *burros* e *animais*, assinalando muito corretamente o Rel. “o empregador além da obrigação de dar trabalho e de possibilitar ao empregado a execução normal da prestação de serviços, deve ainda, respeitar a honra, a reputação, a liberdade, a dignidade, e integridade física e moral de seu empregado, porquanto se tratam de valores que compõem o patrimônio ideal da pessoa, assim conceituado o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”, registrou a decisão. Assim, ainda que não configurado o assédio moral – o “o caráter continuado da tirania exercida pela empresa através de seu preposto, ainda que não configure o assédio moral – porquanto ausentes o cerco e a discriminação vez que a prática atinge indistintamente todos os subordinados –, caracteriza a injúria que autoriza o pagamento de indenização”. Por sua vez o TST caracterizou como *abuso de poder hierárquico* as humilhações e penalidades vexatórias impostas pelo chefe ao funcionário que não respondesse o e-mail interno em poucos minutos. Exemplificativamente, consta nos

A proteção jurídica de tais bens enseja, dentre outros efeitos, indenizabilidade (melhor dito: compensabilidade, em regra, pelo dinheiro) quando da sua violação injusta e danosa. Em qualquer hipótese, porém, o dano indenizável não deve resultar de ato ou omissão *antijurídica*, ainda que o regime seja o da responsabilidade objetiva, pois, nesse caso, faz-se abstração da culpa, *mas não da antijuridicidade* que é a contrariedade ao Direito, seja esta produzida culposamente ou não. É verdade que grassa em parcela da doutrina civilista (e consumerista) lamentável confusão, segundo a qual a responsabilidade objetiva prescindiria do elemento “ilicitude”. Mas é preciso distinguir: para configurar-se a responsabilidade objetiva é necessário que o ato causador do dano seja contrário ao Direito (antijuridicidade, ou “ilicitude objetiva”). Explica o ponto com didatismo Paulo Sanseverino,³⁷ louvado em lição de Antunes Varela:

No exame dos pressupostos, é comum a ocorrência de confusões, sendo uma delas a que se estabelece entre a culpa e a ilicitude, que são, no entanto, conceitos autônomos e distintos. (...) Ambas exercem como condicionantes da sanção civil, uma função reprovadora da conduta do prevaricador ou faltoso: a ilicitude, no aspecto geral e abstrato considerado pela norma legal; a culpa, no momento subjetivo, em que o julgado, ainda apoiado na lei, aprecia a reprovabilidade da conduta do agente (ou omitente), em face das circunstâncias concretas do caso.³⁸

Desta sorte, atos *lícitos*, ainda que causadores de dano, só excepcionalmente – quando assim determinado em lei³⁹ – dão ensejo ao dever de indenizar. O *caput* do art. 927 do Código Civil não dispensa a ilicitude, ao fazer a remissão aos arts. 186 e 187 e o seu parágrafo único afasta a culpa (mas não a antijuridicidade) “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, *por sua natureza*, risco para os direitos de outrem”.⁴⁰

autos: “O fato lesivo foi confirmado pela testemunha ouvida, que afirmou – [...] Carlos Roberto Castro Júnior tinha o costume de aplicar punições aos funcionários, que consistiam em flexões de braços; que viu a reclamante recebendo tal punição porque teve que ajudá-la porque ela não tinha força para levantar [...] que a punição dada pelo superior era sempre que uma ordem não era cumprida imediatamente, como por exemplo, se não respondesse um e-mail para ele em segundos [...]” AIRR nº 5365-47.2010.5.15.0000. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello e Filho, j. 08.06.2011.

37 SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral. Indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152-153.

38 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 607. *Apud* SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral. Indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152-153.

39 CC, arts. 929 e 930 (estado de necessidade que atinge direito de terceiro e legítima defesa em *aberratio ictus*).

40 Grifou-se.

Do mesmo modo, não se há de configurar o dever de indenizar quando a lesão a direito, bem ou interesse situado na esfera extrapatrimonial não é revestida de *gravidade*, pois, consabidamente, a vida em sociedade produz, necessária e inelutavelmente, contratempos e dissabores a todo momento;⁴¹ basta lembrar do tempo despendido no trânsito das grandes cidades, que nos faz perder horas de trabalho ou de lazer e, por vezes, compromissos profissionais importantes; do barulho que torna a presença nas salas de espera de aeroportos não raro um agravo à saúde física e psíquica; da incivildade dos cidadãos, que gritam ao telefone celular em ambientes fechados, como restaurantes ou no transporte coletivo, perturbando o repouso ou atenção de quem ali se encontra. Todos esses dissabores, embora potencialmente lesivos ao sossego e até mesmo à saúde psíquica alheias, não dão ensejo ao dever de indenizar, assim como não o darão as demandas fundadas em futilidades,⁴² ou, por vezes, na própria indolência, ou na vitimização negatória da autorresponsabilidade e da diligência para com os próprios interesses.⁴³

De fato, essa temática é perpassada por uma tensão dialética entre o direito ao respeito e a ausência de um “direito ao egoísmo e ao oportunismo”, pois os bens jurídicos protegidos pelo instituto da responsabilidade

- 41 Ver, adiante, referência ao “risco permitido” como critério a ser considerado para a valoração da indenização, conforme *infra*, item III. (i).
- 42 Nesse sentido a notável decisão do TJSC assim ementada: “Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Pretensão de quitação antecipada de financiamento e omissão da instituição financeira no fornecimento dos boletos. Simples incômodo que não preenche os requisitos do artigo 186 do Código Civil. Dever de indenizar afastado. Dano moral não caracterizado. Dever do juiz de evitar a propalação de ‘demandas frívolas’ (Anderson Schreiber) ou o surgimento de ‘um mundo de não me toques’ (Fábio Ulhoa Coelho). Recurso desprovido. É do Judiciário a tarefa de desestimular a banalização do dano moral, reservando a aplicação do instituto a situações de real interesse e que ultrapassem o simples desconforto”. TJSC. Apelação Cível 20120004603 SC 2012 000460-3. Rel. Des. Jânio Machado, j. 10.07.2013.
- 43 No Rio Grande do Sul, um consumidor ingressou com ação contra um Banco alegando ter sofrido do dano moral em virtude de propaganda – feita pelo mesmo banco – em que se anunciava oferecer as “melhores taxas do mercado”. Segundo o consumidor, a promessa dos juros mais baixos não correspondia a realidade, pois outros estabelecimentos praticavam taxas menores. O juiz prolator da sentença rechaçou a pretensão sob o fundamento de que, a não que fosse verdadeira a publicidade do réu, o autor deveria pesquisar o mercado para contratar com quem melhor lhe aprouvesse, antes de fechar o negócio”. Confirmando a decisão o TJRS ponderou: “Cabia ao consumidor fazer um breve levantamento e comparação da taxa praticada pelo banco recorrido em relação as demais instituições financeiras do país e, então, após escolha, realizar o financiamento do veículo”. TJRS. AC nº 70033900168. 13ª Câmara Cível. Rel. Des. Breno Pereira da Costa Vasconcelos, j. 28.01.2010.

por danos extrapatrimoniais não são “bens do egoísmo”.⁴⁴ Esse reconhecimento é particularmente relevante porque as medidas de precaução a todo e qualquer incômodo acarretam custos significativos, em prejuízo da própria coletividade. O reconhecimento irrestrito do direito à indenização por futilidades ocorre, inelutavelmente, em prejuízo da própria coletividade, que terá de arcar com os custos decorrentes. Daí a relevância do *juízo prévio* sobre ser o interesse imputado como violado merecedor ou não de tutela jurídica.

Há tensão, por certo, entre o dever de tolerância e a rejeição do abuso da tolerância alheia. O equilíbrio entre esses polos opostos é dificultoso, mas não impossível. Basta ter em mente que as liberdades humanas são exercidas no *intermundo*⁴⁵ da existência em comunidade. Razão tem, pois, Cavaliere ao sustentar que:

(...) mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.⁴⁶

Certo é que os conceitos jurídicos não se podem construir sem uma certa dose de rigor técnico, sendo esse rigor tanto o *elemento* que permite, concomitantemente, a passagem do elaborado pela tradição às exigências do tempo presente quanto é a *condição sine qua non* para a compreensibilidade que resulta de um entendimento compartilhado. É função precípua das regras jurídicas normalizar, ordenar e assegurar que o “jogo da vida” será jogado de acordo com regras previamente estabelecidas em (e por) uma dada comunidade. Por isso mesmo, apenas os conceitos rigorosamente construídos permitem um diálogo frutífero na comunidade dos juristas, pois é claro que, de outro modo, no lugar do diálogo, que faz compreender e progredir, não poderá haver mais do que a confusão e, afinal, o caos,⁴⁷ que leva à cizânia e ao retrocesso. Nenhum conceito é tão rígido que não permi-

44 Assim referi em MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação). Tese de Livre-Docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003, inédita.

45 A expressão é do filósofo Maurice MERLEAU-PONTY, em *O visível e o invisível*. Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora. 4ª ed., 2ª reimp. São Paulo: Perspectiva, 2005.

46 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 94. Definição citada pelo STJ no REsp 844.736/DF. Quarta Turma. Rel. para acórdão Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 27.10.2009.

47 DIEZ-PICAZO, Luiz. *El escándalo del dano moral*. Madrid: Civitas, 2008, p. 15.

ta adaptações em seu significado, mas nenhum pode ser tão vago que tudo dilua no nada, na ausência de um significado passível de compartilhamento.

Uma vagueza tão extensa, em que *tudo pode significar tudo* não auxilia a construção dogmática da categoria nem serve à tarefa ordenante que é própria do ordenamento jurídico. Além do mais, na regulação da vida prática, de pouca valia tem um conceito tão genérico em que tudo possa recair: para que um conceito jurídico tenha utilidade deve reportar-se a fenômenos dotados de homogeneidade, ainda que mínima, sendo certo, porém, que o dano patrimonial e o dano moral constituem fenômenos de todo heterogêneos.⁴⁸ Razão tem, portanto, Maria Celina Bodin de Moraes ao assinalar: “No que se refere ao dano moral, no Brasil do nosso tempo, problema não é tanto o de sua proteção, cada dia mais abundante, quanto o de sua adequada fundamentação”.⁴⁹

A esta altura, pode ser sintetizada noção de “dano moral” compatível com o nosso sistema: trata-se de dano produzido em virtude de ato anti-jurídico na esfera jurídica extrapatrimonial de outrem, seja como agravo a direito da personalidade, seja como efeito extrapatrimonial de lesão à esfera patrimonial, em certos casos como a negativa indevida de cobertura de seguro saúde em situações graves. Quando se tratar de dano à personalidade, forçoso é reconhecer que, embora haja certa elasticidade no âmbito de situações apreendidas sob essa categoria – que é, historicamente, uma categoria “em construção” – os bens de personalidade não significam “qualquer coisa”, mas correspondem a aspectos específicos de uma pessoa, efetivamente presentes e suscetíveis de serem desfrutados pela própria pessoa.⁵⁰

Ainda assim, resta a questão de saber a qual *função* está voltado o dano moral como instituto jurídico. Admitindo-se que as regras e institutos jurídicos são definidos por sua função – como é pacificamente aceito desde a “descoberta dogmática” de von Jhering nos finais do séc. XIX – cabe perquirir a função colimada, pois é em tudo diverso *punir* a causação de um sentimento negativo (dor, vexame, humilhação) e *compensar* o desrespeito a bem integrante da personalidade ou perda acoplada, como efeito, à injusta lesão a direito subjetivo patrimonial.

48 Também assim observa DIEZ-PICAZO, Luiz. *El escándalo del dano moral*. Madrid: Civitas, 2008, p. 76.

49 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 56.

50 MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral, Tomo III – Das Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 78. Segue-se a classificação proposta por aquele Autor.

2. A FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL (DANO EXTRAPATRIMONIAL)

Para possibilitar a apreensão dos problemas ensejados pela ausência de definição mais ou menos precisa da função atribuída ao dano moral, é ilustrativo averiguar na experiência estrangeira – ainda que muito sinteticamente – como se tem construído tal noção, é dizer: quais os *filtros* que permitem discernir entre os danos indenizáveis ou não, ou seja, qual o seu escopo como instituto jurídico. Isto porque a noção brasileira de dano moral a jurisprudência e parte da doutrina introjetaram um caráter punitivo em que ressoa – ainda que equivocadamente – o instituto dos *punitive damages*.⁵¹ Por outras vezes argumenta-se com a categoria italiana do “dano existencial”, sem levar em conta as razões que, naquele país, levaram à proposição doutrinária e jurisprudencial da figura. Em várias ocasiões se atribui relevância jurídica a “prejuízos” que carecem de um mínimo de gravidade – em contrário à aceitabilidade do dano extrapatrimonial no Direito português. Para melhor compreender o que temos feito em matéria de dano moral, vale a pena, assim, contrastar, em brevíssima referência, com esses três sistemas.

2.1. As diferenças em relação à experiência estrangeira

No Direito norte-americano, há nítida cisão entre o dano moral (*non-economic damages*), cujo caráter é compensatório à vítima, e a indenização punitiva (*punitive damages*), categoria restrita, inconfundível com o dano moral e cabível, dentro de limites constitucionalmente impostos, em face do alto grau de reprovabilidade social da conduta do ofensor, a ser aferido pelo júri. Portanto, não há caráter punitivo *ínsito* às indenizações por dano extrapatrimonial, as quais devem ser fixadas tendo em vista exclusivamente a extensão do dano sofrido pela vítima.

É, portanto, positivamente equívoco o entendimento deduzido da imensa maioria das sentenças e acórdãos brasileiros que mencionam a figura. Um exame minimamente acurado demonstrará que o significado original dos *punitive damages* foi verdadeiramente *lost in translation*.⁵² Os *punitive damages* alegadamente aplicados no contexto brasileiro guardam

51 Veja-se, a título ilustrativo, que uma busca preliminar pela expressão “*punitive damages*” na base de dados para pesquisa jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo retornava, em janeiro de 2014, nada menos do que 1.157 ocorrências.

52 Examina com proficiência a questão, PARGENDLER, Mariana. *Os danos morais e os punitive damages no direito norte-americano: caminhos e desvios da jurisprudência brasileira*. Todas as referências a seguir sobre o Direito norte-americano têm por base o texto de Pargendler ou o nosso MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro), *Revista do CEJ*, nº 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

muito pouca similitude com o instituto vigente nos Estados Unidos, sendo as suas bases e os seus requisitos desvirtuados ao longo do caminho. O resultado é que tanto as hipóteses de dano moral como de *punitive damages* no Direito norte-americano se afiguram muito mais restritas do que uma análise apressada e impressionista faria supor. Naquele país, os *noneconomic damages*, de um lado, e os *punitive damages*, de outro, são institutos que absolutamente não se confundem.

Percebe-se, ademais, a nítida tendência do Direito norte-americano em circunscrever as hipóteses de indenização por dano extrapatrimonial (*non economic damages*) de forma muito mais estrita do que o Direito brasileiro. Como regra geral, naquele sistema jurídico, a conduta meramente culposa não gera direito à indenização por dano extrapatrimonial, salvo se houver simultaneamente "impacto" ou lesão à integridade física. Semelhante postura está longe de ser acidental. Ao contrário, sua persistência deriva do fundado receio dos tribunais de receber uma enxurrada de ações judiciais, bem como da dificuldade em se evitar pleitos fraudulentos.⁵³ E, quanto aos *punitive damages*, os valores de condenações vêm sendo progressivamente limitados pela Suprema Corte norte-americana, a qual tem reconhecido que as condenações em montantes exorbitantes ou que busquem punir o ofensor pelos danos causados a quem não é parte do processo viola a cláusula do devido processo legal consagrada pela Constituição daquele país. De mais a mais, estes não servem nas hipóteses com que, equivocadamente, têm sido invocados por parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras, pois se sujeitam a critérios de admissibilidade bastante rigorosos. Apenas podem ser concedidos quando presentes circunstâncias subjetivas que se aproximam da categoria continental do dolo. A mera culpa, na ausência das circunstâncias agravantes, não basta, via de regra, para a condenação de *punitive damages*, embora a *gross negligence* (negligência grave), em alguns Estados, autorize a sua concessão.

Se assim ocorre no Direito norte-americano, com muito mais razão se pode afirmar que em ordenamentos integrantes da família romano-germânica (tal qual o brasileiro) não são admitidos nem o instituto dos *punitive damages* nem sequer o caráter punitivo que, entre nós, mesmo na ausência de lei, vem sendo emprestado às condenações por dano moral. Exemplifique-se com breve referência aos Direitos português e italiano que, em alguma medida, guardam afinidades com o Direito brasileiro.

No Direito português, a regra central está no art. 496, cuja alínea primeira enuncia: "Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não

53 PROSSER, William L. *Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort*, *Michigan Law Review*, v. 37, p. 874-892, 1938-1939, p. 877; *Dillon v. Legg*, 68 Cal. 2d 728, 441, p. 2d 912 (1968). Apud PARGENDLER, Mariana. *Os danos morais e os punitive damages no direito norte-americano: caminhos e desvios da jurisprudência brasileira*.

patrimoniais que, *pela sua gravidade*, mereçam a tutela do direito. Não é indenizável, pois, “qualquer prejuízo” ou “qualquer lesão”, mas apenas aquelas consideradas suficientemente graves para merecer tutela jurídica. Como estava no Anteprojeto Vaz Serra (que resultou no vigente Código Civil), “[o] dano não patrimonial é objecto de satisfação pecuniária quando seja suficientemente grave e merecedor de prestação jurídica. Tal acontece, em especial, nos casos de lesão de direitos de personalidade, nos termos do art. 732º”⁵⁴

Não há caráter punitivo, apenas compensatório, assegurando Fernando Pessoa Jorge que o objetivo da reparação não constitui pena civil, “porque não se trata de infligir um castigo ao agente”.⁵⁵ E, recordando ser *dano injusto* “que obriga à reparação aquele que supõe uma lesão de um interesse juridicamente relevante”, Pedro Branquinho Ferreira Dias esclarece:

A indenização por danos morais, quando tem lugar, tem como escopo dar tão só uma *compensação* ou *satisfação* ao lesado pelos danos sofridos. O respectivo montante será fixado *equitativamente* pelo tribunal, tendo-se em atenção a extensão e gravidade dos prejuízos, o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e demais circunstâncias do caso.⁵⁶

Em suma: não é qualquer dissabor (como esperar atendimento por 25 minutos em fila bancária) que gera o dever de indenizar. É preciso, para além da gravidade do dano, que este atinja direito de personalidade e não mera comodidade da pretensa vítima do dano.

Já o sistema italiano apresenta peculiaridades, pois o art. 2.059 do *Codice Civile*⁵⁷ determina textualmente ser a responsabilidade não patrimonial admitida “*solo nei casi determinati dalla legge*”, com o que, originalmente, reconhecia-se a indenizabilidade do dano não patrimonial somente quando o dano fosse consequência de um fato que tipifique um crime (*reato*). Bem por isso, os caminhos para alcançar a “atipicidade do ilícito extracontratual” e a consequente indenizabilidade geral de danos à personalidade humana foram laboriosamente construídos para além da letra do *Codice*, a partir da sistematização oferecida pelo próprio *Codice Civile* e pela Constituição aos direitos de personalidade, especialmente o direito à saúde.

54 Apud FERREIRA DIAS, Pedro Branquinho. *O dano moral na doutrina e na jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 66.

55 PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina. Março, 1999, p. 375.

56 FERREIRA DIAS, Pedro Branquinho. *O dano moral na doutrina e na jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 25-26.

57 Art. 2059. *Danni non patrimoniali*. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

Como a Constituição italiana elenca a saúde, no seu art. 32, como “*fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività*”, doutrina e jurisprudência construíram a noção de “dano biológico” e “dano à saúde”. Mais tarde, novamente por obra jurisprudencial,⁵⁸ a “norma de clausura” do art. 2.059 do *Codice Civile* foi “ressignificada” para abranger outras espécies como dano moral ressarcível, sobressaindo (como espécie) o dano existencial,⁵⁹ assim considerado como o derivado da lesão a interesses da pessoa constitucionalmente resguardados, que tem tido alguma repercussão na doutrina e na jurisprudência brasileiras, muito embora, entre nós, não se verifiquem similares razões para a construção da *fattispecie*, dada a extremada vastidão da noção de dano moral.⁶⁰

Já por essas breves referências ao Direito comparado, fácil é perceber que nem os *punitive damages* servem às situações invocadas na jurisprudência brasileira, tampouco nossa situação se assemelha à da indenização por dano moral na Itália e em Portugal. Naqueles sistemas é muito mais estrita e bastante mais firme e sistematizada do que aquela construída no ordenamento brasileiro por obra jurisprudencial nos últimos vinte anos.

Comparadas a essas experiências estrangeiras, no Direito brasileiro, dignas de nota são especialmente três circunstâncias: (i) a indistinção entre o dano moral (espécie, *estritamente* designando o dano à honra) e o gênero (dano extrapatrimonial, dito dano moral em sentido amplo); (ii) os ténues

58 Conferir em: BONATTO, Fernanda Muraro. *L’illecito civile, i pregiudizi non patrimoniali e i danni esistenziali nei sistemi italiano e brasiliano: un’analisi comparata*. Tese de Doutorado apresentada na Università degli Studi di Ferrara. Coordinatore: Prof. Daniele Negri, 2010/2013, p. 134.

59 BONATTO, Fernanda Muraro. *L’illecito civile, i pregiudizi non patrimoniali e i danni esistenziali nei sistemi italiano e brasiliano: un’analisi comparata*. Tese de Doutorado apresentada na Università degli Studi di Ferrara. Coordinatore: Prof. Daniele Negri, 2010/2013, p. 135; FACCHINI, Eugenio Neto; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais. “Precificando” lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, nº 12, jul./dez. 2012, p. 240. SOARES, Flaviana Rampazzo. Definição dos contornos dos danos extrapatrimoniais: a partir de uma abordagem comparada. *Revista Eletrônica Ad Judicia*, Porto Alegre, ano 1, nº 1, out./nov./dez. 2013, p. 1-36. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

60 Porém, muito embora se verifique hoje no Direito italiano maior amplitude conceitual, comparativamente ao panorama verificado anteriormente a 2003, há filtros bastante firmes, seja para admiti-los enquanto tal, seja para a fixação da indenização. Dentre estes, o parâmetro da gravidade do fato lesivo; a permanência dos efeitos do dano na pessoa ou patrimônio da vítima. Além disso, o *quantum* varia segundo características da vítima. Para os critérios, conferir em: DI GREGORIO, Valentina. *La valutazione equitativa del danno*. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale – Collana Diretta da Francesco Galgano. Ed. CEDAM – Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1999, p. 169- 213.

limites à expansão das espécies de dano indenizável, cingidos praticamente aos casos tidos como “mero dissabor” e notórias futilidades, cuja configuração concreta se sujeita ao arbítrio judicial, sem parâmetros firmes a identificar as fronteiras entre os atentados merecedores de tutela compensatória e as inúmeras frivolidades de que é capaz o ser humano; e (iii) o entendimento retrógrado consistente na identificação do dano moral com sentimentos de tristeza, dor, vexame ou humilhação, ideia essa importada da doutrina estrangeira (francesa e italiana) do final do séc. XIX e início do séc. XX.

Considerar dano moral o *pretium doloris* não passa, com efeito, de anacronismo insustentável tanto do ponto de vista teórico quanto prático. O dano moral não é o preço da dor, nem a dor há de ser tida como categoria jurídica – embora ainda assim considerem majoritárias doutrina e jurisprudência brasileiras. Tanto quanto a alegria e o amor, a dor é sentimento de pura percepção subjetiva e, como tal, irredutível a uma categorização racionalmente apreensível e controlável, como devem ser as noções jurídicas. Também não é “dano moral” qualquer sentimento pessoal de prejuízo ou menoscabo, tanto mais facilmente alegável quanto mais infantilizada e vitimizável – isto é, menos autônoma e autorresponsável – for a sociedade em que vivamos.

Para que tenhamos o *minimum* de segurança exigido por uma ordem jurídica será preciso responder: em vista da Constituição e da Lei Civil brasileiras, qual há de ser a sua função como instituto regulado pelo Direito?

2.2. A função compensatória e a inconstitucionalidade da função punitiva, inclusa a do “dano social”

A resposta mais congruente com o sistema de Direito positivo brasileiro e mais consistente do ponto de vista teórico está na sua função compensatória, afastada a função punitiva da responsabilidade civil⁶¹ por não ser compatível com o nosso sistema constitucional e civil,⁶² ainda que esteja

61 Em texto datado de 2002 mencionei a tendência ao caráter punitivo que doutrina e jurisprudência brasileiras vinham atribuindo à responsabilidade por dano extrapatrimonial, sem censura a essa posição (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A reconstrução do direito privado*. MARTINS-COSTA, Judith, (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 421-422; Porém, já em texto de 2004, apontei, com Mariana Pargendler, a inconstitucionalidade do acolhimento dos *punitive damages* nas condições em que vem sendo feito em parte da jurisprudência brasileira (MARTINS-COSTA, Judith PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro), *Revista do CEJ*, nº 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 21-22).

62 Mesmo autores que não rejeitam o caráter punitivo concordam sobre a necessidade de prévia cominação legal (Assim, v.g., SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva* Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil. Orientadores

pontualmente presente em outros institutos do Direito Privado. É inconstitucional aplicar pena sem lei anterior que a defina e sem que se examine a culpa ou o dolo do ofensor, sendo até mesmo paradoxal – numa época em que se proclama aos quatro ventos a “constitucionalização do Direito Civil” – afrontar tão diretamente garantia constitucional inscrita como cláusula pêtrea no art. 5º, inc. XXXIV, da Constituição da República. O respeito ao princípio da legalidade tanto mais é devido quando se trata de punir.

Não se deve esquecer, demais disto, que a introjeção do caráter punitivo ao direito de danos foi rejeitada *formalmente* ao menos duas vezes por quem de direito: a primeira quando do veto presidencial a dispositivo no Projeto de Lei que viria a se transformar no CDC, sob o argumento de que o art. 12 e outras normas do próprio Código já dispunham “de modo cabal” sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor; e a segunda quando se pretendeu emendar o parágrafo único do art. 944 do Código Civil para ali inserir versão abrangeira de *punitive damages*. Tendo o Poder Executivo e o Poder Legislativo exercido com toda legitimidade as suas funções, obviamente não cabe à doutrina e à jurisprudência “legislar”, introduzindo instituto claramente afastado por quem tem o mandato, democraticamente conferido, para tal fim.

Na tentativa de ultrapassar as claras barreiras de ordem constitucional à aplicação judicial de *punitive damages*, ensaia-se a “troca de etiqueta”, passando-se a denominá-lo *dano social*. Esta figura nasceu de opinião externada em artigo doutrinário pelo Professor Antonio Junqueira de Azevedo,⁶³ que, preocupado com uma *situação pontual* – o problema da segurança de vida e de integridade física e psíquica⁶⁴ – propôs refletir sobre a conveniência

Prof. Titular Antonio Junqueira de Azevedo e Prof. Doutor Alcides Tomasetti Jr. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2011, p. 214). E não se diga, como alguns (v.g., TAVARES DA SILVA, Maria Regina. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo, Método, 2003, p. 265, que o parágrafo único do art. 944 do Código Civil (regra de exceção ao princípio da indenização integral) supriria esse pressuposto, uma vez que ali é admitida a investigação acerca da culpa do ofensor exclusivamente para o exposto fim de reduzir o *quantum* indenizatório, à toda regra excepcional devendo ser conferida interpretação estrita. Por nenhuma lente de leitura se poderia ver expressa ou implícita naquela regra a permissão para aumentar o *quantum*.

63 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 377-384.

64 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

de, em certos casos, agravar o *quantum* indenizatório, na responsabilização por dano moral, a título de “desestímulo” *àqueles que agem dolosamente ou em culpa grave*, atingindo a segurança física e psíquica do ser humano.

A partir dessa inspiração doutrinária – um único artigo, de poucas páginas, propondo refletir sobre um “tema novo”, inconcluso quanto a varios aspectos⁶⁵ e que não teve seguimento, em face do falecimento daquele Professor – começaram a ser emitidas decisões judiciais dando *valor de lei* àquela opinião. Mais ainda: passou-se a condenar empresas a pagar indenização do dano social inclusive abstraído dos pressupostos aventados pelo Professor Junqueira de Azevedo, a saber: o dano social caberia apenas quando praticado ato doloso ou gravemente culposo capaz de pôr em perigo a segurança física ou psíquica das pessoas humanas ou afetar a qualidade de vida de uma população.

Porém, apesar dessas condicionantes, começam a pipocar decisões em que, sem pedido e sem prova, há condenação a indenizar por dano social, em acréscimo à indenização por dano moral. Tal se verifica, por exemplo, em demandas intentadas por consumidores de serviços bancários por alegado dano moral em razão de “demora no atendimento”, considerando os demandantes que aguardar 25 ou 30 minutos na fila de atendimento implica “menosprezo” (da entidade bancária ao seu cliente) e sentimentos de “decepção, tristeza, melancolia e humilhação” (sofridos pelo cliente em razão da espera na fila). Diz-se que essa espera na fila traduz “evidente constrangimento”, gerando transtornos que “extrapolam os limites da vida cotidiana e do tolerável, expondo-os a desprazeres (...)”. E, como não bastasse, acresce a condenação do Banco réu *ex officio* – e sem sequer mencionar eventual culpa grave ou dolo –, a pagar elevadas quantias a título de “dano social”, figura sem qualquer previsão no ordenamento brasileiro.⁶⁶

65 Exemplificativamente, o Professor hesita quanto à legitimidade do autor da ação, vítima do dano, para postular “dano social”, como se vê na p. 383, não tendo desenvolvido a proposição de a indenização ser imposta quando o dano for capaz de afetar a “qualidade de vida da população”.

66 Exemplificativamente, TJGO. Recurso 500251403. Segunda Turma Julgadora Mista. Rel. Juiz Avenir Passo de Oliveira, j. 03.06.2013. No TJRS, em relação a cobranças indevidas feitas por empresa de telefonia: Apelação Cível nº 70040936841. Décima Nona Câmara Cível. Rel.^a Des.^a Mylene Maria Michel, j. 13.03.2012, votação por maioria, cuja ementa remete ao voto do Desembargador Revisor Eugênio Facchini Neto: Ementa: Direito privado não especificado. Ação para cancelamento de serviços não contratados. Indenização. Danos morais configurados. Honorários advocatícios. Multa cominatória. Hipótese dos autos que revela a ocorrência de lesão a direitos de personalidade. Na espécie, vislumbra-se a presença de dano social na conduta da ré, a justificar a invocação da função punitiva/dissuasória da responsabilidade civil. A decisão que fixa *astreintes* em sede de tutela antecipada possui caráter executivo autônomo, não sendo passível de análise a questão da incidência e cômputo da

Como se vê, tal é o descalabro conceitual que atinge o tema que nem sequer a doutrina do dano social – tal qual pensada por seu insigne Autor – vem sendo corretamente aplicada: nenhuma referência é feita a eventual ato doloso ou gravemente culposo do banco; e não se explica a razão pela qual vinte e cinco ou trinta minutos na fila de atendimento importariam em “atentado à segurança da sociedade” ou violariam a “qualidade de vida da população”. Se assim fosse, aliás, não se justificaria aguardar no fórum, em vista de possíveis atrasos na agenda de audiências, ou em consultórios médicos, na espera do fim de uma consulta mais demorada para o paciente do primeiro horário, ou restar aguardando mesmo nos caixas de supermercados. E, para concluir a trajetória desse “trem descarrilhado” em que parece ter se transformado a responsabilidade por dano extrapatrimonial no Brasil, também não costuma ser explicada, pelos julgadores, a correlação do valor atribuído a título de “dano social” a uma entidade beneficente, nem mesmo o motivo pelo qual tal entidade – e não outra – foi a escolhida para receber a benesse não postulada. Ignora-se, outrossim, que eventuais infrações a leis municipais a fixar tempo máximo de espera em estabelecimentos bancários sujeitam os seus ofensores a multas administrativas – as quais, diferentemente do instituto da responsabilidade civil, prescindem da prova do dano.⁶⁷

Mais coerente ao sistema é, ao revés, o entendimento do STJ expresso, exemplificativamente, no AgRg no Ag 850.273/BA⁶⁸ em que se discutia o *quantum* da indenização, alegadamente fixado em “valor exorbitante” pela decisão *a quo*. Embora aludindo à função de “desestímulo” da indenização, consignou o Relator: “A aplicação irrestrita das (*sic*) *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do Direito e após a novel codificação civilista,

com nação no acórdão que julga a apelação. Confirmados os honorários advocatícios arrolados na sentença em valor proporcional à singeleza da demanda. Apelação parcialmente provida, por maioria.

-
- 67 A propósito, a recente notícia, disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/05/bancos-sao-muitados-por-fazerem-clientes-esperar-mais-tempo-na-fila.html>>. Acesso em: 09 jan. 2014.
- 68 STJ. AgRg no Ag 850.273/BA. Quarta Turma. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), j. 03.08.2010. Igualmente assim, no STJ: REsp 913.131/BA. Quarta Turma. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), j. 16.09.2008. REsp 401.358/PB. Quarta Turma. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), j. 05.03.2009. REsp 210.101/PR. Quarta Turma. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), j. 20.11.2008. REsp 334827/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), j. 03.11.2009.

passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002”.

Não se diga que a negativa da aceitabilidade do caráter punitivo, para além de contrariar a Constituição e ao sistema, há de ser rejeitada porque conduziria à “injustiça” com a vítima. O caráter compensatório da indenização por dano extrapatrimonial em nada desmerece a função satisfativa da responsabilidade civil.⁶⁹

A delimitação da função atribuída ao instituto do dano moral – função compensatória, e não punitiva – auxilia a raciocinar acerca dos critérios de sua quantificação. Trata-se de compensação (e não “ressarcimento”) aos agravos sofridos pela vítima porque os danos morais não são *avaliáveis* patrimonialmente, mas *valoráveis*, segundo determinados parâmetros.

3. DA FIXAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Superada a questão de determinar a *existência* de um dano moral, surge o problema da configuração de sua concreta *entidade*, problema esse dos mais dificultosos. Em virtude de quais critérios há de ser determinado o *quantum* condenatório em uma ação de responsabilidade por dano extrapatrimonial?

Embora não seja recente, o tema está entre as preocupações do STJ, cujo noticiário do dia 13 de setembro de 2009⁷⁰ estampava: “STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais”. Bem aludiram os Ministros Luis Felipe Salomão e Sidnei Beneti, respectivamente da Terceira e Quarta Turmas, ao “subjativismo” das decisões⁷¹ e à extremada dificuldade do tema,⁷² conducente a uma verdadeira “jurisprudência lotérica”. Esta, na justa consideração do Ministro Salomão, constitui “um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica”.

69 Exemplificativamente: CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 145. Na jurisprudência, embora aludindo à “dor”: STJ. REsp 68.845/MG, Quarta Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 05.08.1997.

70 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 10 jan. 2014. O noticiário refere-se aos seguintes julgados: Resp 860.705/DF; REsp 932.001/AM; Resp 604.801/RS; Ag 437.968/SP; REsp 1.024.693/SP; REsp 1.053.534/RN; REsp 792.051/AL; REsp 846.273/RS; REsp 1.042.208/RJ; REsp 327.679/SP.

71 Segundo aquele noticiário, para o Ministro Salomão o *quantum* “depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador”, a indenização não podendo “ser ínfima, de modo a servir de humilhação a vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa”.

72 Ainda segundo o mesmo noticiário, o Ministro Beneti entende ser esta uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual, tendo declarado: “Não é cálculo matemático. Impossível afastar um certo subjativismo”.

Este é o ponto central: alimentam o descrédito do Judiciário e a insegurança jurídica – com danos ao Estado de Direito e à confiança nas suas instituições – a *fragilidade dos critérios teóricos*, como o baseado na valoração de sentimentos de dor; a sua *inconsistência com o sistema jurídico*, como considerar que a atribuição de valor elevado às condenações não importará em enriquecimento injustificado se o ofensor for “pessoa bem-sucedida”⁷³; e, não com menor importância, o *transplante deslocado* de figuras advindas de outra tradição jurídica, ou a invocação dessas figuras estrangeiras como *fator de legitimação*, tal qual ocorre no atinente ao caráter punitivo e de exemplaridade social dos *punitive damages*,⁷⁴ bem como na recepção de ideias só justificáveis em países em que sejam fortes e expandidos os seguros de responsabilidade civil e os fundos indenizatórios públicos e privados.

Os *standards* de fixação da indenização por dano moral, quando referidos e observados, são, ainda assim, extremamente vagos, e, por isto mesmo, insuficientes para um regramento do tema consistente com o princípio da segurança jurídica.

A título de motivação em critérios, é repetida, em uma multiplicidade de arestos, a seguinte assertiva: “o valor de reparação do dano deve ser fixado em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido”.⁷⁵ Porém, para além do intervalo extremadamente vago e amplo entre os dois polos (desestimular o ofensor e coibir o enriquecimento sem causa), não se comprova por que bases o sistema admitiria – ou não – a função de “desestimulo” à responsabilidade civil, ou se outros remédios – como, exemplificativamente, as tutelas processuais inibitórias ou medidas administrativas sancionadoras – poderiam ser intentadas para prevenir, refrear e sancionar condutas socialmente danosas na sociedade de massas. De outro lado, não costumam vir referidas e motivadas nas decisões as condições legalmente determinadas para a configuração do enriquecimento sem causa (Código Civil, arts. 884-886).

Descartado o enriquecimento sem causa, outros *standards* por vezes versados são os da (i) gravidade da culpa do ofensor; (ii) a culpa da própria vítima; (iii) a extensão do dano; (iv) a condição socioeconômica das partes; e (v) a intensidade do sofrimento da vítima,⁷⁶ todos a serem vistos à luz das

73 A referência está no voto do Ministro Massami Uyeda no REsp 1.120.971/RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Sidnei Benetti, j. 28.02.2012.

74 Para tanto, ver REsp 1.120.971/RJ, acima aludido.

75 Assim está, exemplificativamente, no voto do Min. Sidnei Benetti no REsp 1120971/RJ, acima aludido.

76 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 295-296.

circunstâncias fáticas, consideradas a partir de cada caso concreto em autêntico processo de concreção.

3.1. Os *standards* usuais

3.1.1. A gravidade da culpa do ofensor: “risco permitido” e “incremento do risco”

O critério da gravidade de culpa do ofensor é perfeitamente coerente com o sistema, pois o Direito Civil admite, em matéria de responsabilidade civil, a gradação da culpa, como está expressamente nos arts. 944, parágrafo único, e 945 do Código Civil, sem que tal implique a admissão de um caráter propriamente penal na responsabilidade civil. Essa gradação, antes de expressar um caráter punitivo, traduz aspecto do *postulado normativo da proporcionalidade* que perpassa numerosos institutos do Direito Civil⁷⁷. Nesse sentido, e não se podendo medir (“avaliar”) matematicamente o dano moral, mas apenas – como antes apontado – *valorá-lo*, segundo determinados parâmetros, o grau de culpa há de ser cuidadosamente considerado, já que há diferença valorativa entre agir dolosamente ou por negligência, ou, ainda, causar dano sem que este provenha, todavia, de ato ilícito.

Deve ser considerado, para tal apreciação, se o ato se insere, ou não, em *padrões sociais de normalidade* e, como tal, está ou não ajustado ao contexto social em que praticado ou se denota atitude negligente e/ou reiterada do ofensor que, podendo evitá-lo, nada faz. Auxilia a concretização do *standard* “padrões sociais de normalidade”, a noção de “risco permitido”, tal qual vem sendo desenvolvida pelos penalistas. “Certas ações”, explica Miguel Reale Jr., “trazem insito ao seu desenrolar uma potencialidade de dano, mas é admitida a sua realização pela sociedade, reconhecida sua validade para o tráfego social, constituindo-se um risco permitido, socialmente adequado”.⁷⁸

O risco permitido por excelência é o tráfego viário. Sabe-se que o trânsito, mormente nas grandes cidades, é um fator de imensos riscos. Nem por isso se proíbe às pessoas habilitadas de dirigirem automóveis, desde que observem as regras de trânsito. Nesses casos, explícita, “sucede um balanceamento de bens, como bem indica Jakobs, em que se põe o interesse

77 Basta lembrar os institutos acolhidos nos arts. 413 (redução proporcional da cláusula penal, se cumprida em parte a obrigação); 422 (abatimento do preço proporcional ao defeito da coisa vendida) e o próprio parágrafo único do art. 944 (redução equitativa da indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano).

78 REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense-Bilac Pinto Editores, 2009, p. 237.

atendido pela ação arriscada acima do interesse de não se produzir o risco próprio daquela ação, que é tolerada”.⁷⁹ O agente *não se afasta*, todavia, do dever de cuidado, pois tem o dever de não aumentar o risco permitido, o que poderia ocorrer, e.g., se não obedecesse às regras do trânsito.⁸⁰

Segundo a teoria da imputação objetiva, um fato será atribuído ao agente se consistir uma *elevação do risco permitido*, este sendo caracterizado, portanto, como um risco “desaprovado diante de uma sociedade caracterizada por inúmeros riscos”.⁸¹ Para tanto, e segundo os ensinamentos de Roxin, seria preciso comparar se a conduta incorreta, imputada ao autor incrementou a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permitido. Se assim é, afirma, haverá uma lesão do dever, cabendo a responsabilidade.⁸² Do contrário, descabe a responsabilização.

Evidentemente, essa doutrina, nascida no Direito Penal e para tal província desenvolvida, não pode ser transplantada de modo acrítico e mecânico para a responsabilidade civil, até porque a imputação objetiva penalista *não se refere* aos critérios de imputação, culpa e risco, mas ao nexo causal a que se aliam os elementos subjetivos (dolo ou culpa) como é próprio do Direito Penal. Também nenhuma relação guarda com os *punitive damages*.

79 REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense-Bilac Pinto Editores, 2009, p. 237.

80 Na lição de Juarez TAVARES, devem-se entender por risco permitido “aqueles perigos que resultem de condutas que, por sua importância social e em decorrência de sua costumeira aceitação por todos como inerentes à vida moderna, sejam social e juridicamente tolerados. Tal se dá com os riscos resultantes do tráfego rodoviário, ferroviário e aéreo, com as atividades desempenhadas em usinas, minas, metalurgias, indústrias, em hospitais, institutos de pesquisas e outros que possam gerar perigo ao bem jurídico. Desde que observadas as regras atinentes a essas atividades, compreende-se que não se podem imputar aos seus agentes os resultados danosos ou perigosos daí advindos. Por exemplo, se A obedecendo rigorosamente, as regras de condução de veículos, vem a causar a morte de B, não responderá por ela. Outro exemplo: uma vez atendida as normas de segurança, não pode ser imputada ao diretor do hospital, a título de lesão corporal, a infecção adquirida por um médico ou por uma enfermeira, no decorrer do tratamento de um paciente. Um terceiro exemplo: A, devidamente autorizado, guarda em sua casa, dentro de uma gaveta bem trancada, um revólver, destinado exclusivamente à sua defesa pessoal; seu filho adolescente, porém, sem que o pai soubesse, arromba a gaveta e com a arma dispara contra seu colega, matando-o. A morte da vítima não pode ser imputada ao pai, porque, independentemente da previsão ou não do resultado, sua conduta se situava dentro do “risco permitido”. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey 2000 p. 153.

81 REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense-Bilac Pinto Editores, 2009, p. 238.

82 ROXIN, Claus. *Infracción del deber y resultado en los delitos Imprudentes*. In: *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus S.A., 1976, p. 167-168

Porém, pode muito bem auxiliar o tracejamento de um *standard* útil para a valoração da culpa do lesante no concernente aos danos de massa, muito especialmente o dano moral derivado da prestação massificada de serviços.

Especialmente na valoração do dano moral imputado a entidades que desenvolvem atividades no mercado de massa seria preciso averiguar: foram cumpridos com exatidão os deveres de diligência, para que os erros não acontecessem? Dito de outro modo: a entidade desenvolve sistemas para prevenir, detectar e equacionar falhas operacionais? Adota políticas e procedimentos visando a aprimorar os controles da gestão do risco e o seu tratamento administrativo? Desenvolve atividades visando a equacionar os problemas mediante negociação? Ou, ao contrário, é omissa e/ou renitente em relação aos erros de gestão, às falhas na prestação do serviço?

Se a resposta a essa última questão for positiva, poder-se-á concluir pela existência de espécie de “incremento do risco”; se, ao revés, a conduta da entidade for diligente, ativa e respeitosa aos consumidores – seja ao prevenir o dano, seja ao adotar medidas para equacioná-lo, tratar-se-á de um símile do “risco permitido”, que não a isenta de reparar o prejuízo causado (se constatado o erro), mas se reflete na isenção ou, conforme o caso, na minoração do *quantum* indenizatório extrapatrimonial.

3.1.2. A conduta da vítima ou “culpa do lesado”

No art. 945, determina o Código Civil: “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”. Trata-se, na verdade, de um dos aspectos do fenômeno da concausação, ou concorrência causal, que opera quando duas ou mais pessoas cooperam para o mesmo resultado⁸³ e diz respeito, mais propriamente, ao nexa causal.⁸⁴

A impropriamente chamada “culpa exclusiva da vítima” (na verdade, *fato da vítima*, ou ato-fato da vítima) afeta o nexa causal de modo a provocar a exclusão da responsabilidade do agente. Semelhantemente, na chamada “culpa concorrente” (*rectius*: causa concorrente) da vítima, verifica-se uma concorrência de causas com interrupção parcial do nexa, refletindo-se

83 Sintetizamos aqui o que está escrito em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, t. II, v. V, p. 502-516.

84 “O ato do ofendido é concausa ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que tocara ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido”. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, tomo XXII, § 2.718, p. 191-192.

na diminuição da responsabilidade do agente. Quando a causa é atribuível exclusivamente à vítima, rompe-se o nexo causal entre a conduta do pretenso agente e o dano, ainda que objetiva a responsabilidade imputada ao ofensor.⁸⁵

Assim se verifica não apenas quanto aos danos patrimoniais, mas, igualmente, no tocante ao dano moral.⁸⁶ Ou seja: quando a vítima concorrer para a causação do dano extrapatrimonial, este será valorado na medida em que o “autor” do dano efetivamente contribuiu para tanto; sendo excluída a parcela relativa à interrupção do nexo pela conduta do lesado.

3.1.3. A correspondência com a gravidade – extensão do dano

Ninguém duvidaria ser inconfundível uma lesão corporal grave – por exemplo, a perda de um braço em razão de acidente de trânsito – com o eventual dissabor por esperar em fila bancária por 25 minutos, ou por ter de reclamar junto ao Banco algum desconto indevido na conta-corrente, logo prontamente reposto. O *critério da gravidade do dano* é a face assumida, no dano extrapatrimonial, pelo *critério da extensão do dano*, pois embora nesta seara seja difícil medir “matematicamente” a extensão do prejuízo, bem se pode valorar a sua gravidade para a vítima, em vista do bem jurídico lesado.

A ideia de gravidade/extensão do dano também encontra fundamento no postulado normativo da proporcionalidade: compensa-se mais o dano maior, e menos o dano menor. É bem verdade, porém, que esse *standard*, por guardar relação com a necessidade do exame da prova, encontra óbice prático no STJ, tendo em vista a impossibilidade do reexame dos fatos probatórios em grau de recurso especial, na forma da Súmula nº 07 do STJ. Por esta razão, a jurisprudência daquela Corte firmou o entendimento segundo o qual o *quantum* definido pelo Tribunal de origem somente pode ser alterado, em sede de recurso especial, quando manifestamente excessivo ou irrisório.⁸⁷

85 STJ. REsp 530.610/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Castro Filho, j. 22.03.2007, publicado em 16.04.2007.

86 Vide STJ, REsp 403.940/TO. Quarta Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.05.2002, assim ementado: “A indenização deve ser proporcional ao grau de culpa das partes envolvidas, procurando reparar o dano de forma integral, para quem dele não participou, e de forma concorrente, em caso de participação de ambas as partes. Em outras palavras, se a vítima concorreu para o evento danoso, tal circunstância deve ser considerada. E, no caso de indenização por danos morais, isso se dá na quantificação do seu valor”.

87 Exemplificativamente: REsp 1.370.139/SP. Terceira Turma. Rel.ª Min.ª Nancy Andrichi, j. 03.12.02013.

3.1.4. A condição pessoal das partes

A valoração do dano extrapatrimonial deve ser o resultado de uma ponderação que mescla dados objetivos ou objetiváveis, como indicações do sistema jurídico, o juízo de experiência, o recurso aos precedentes etc., com elementos subjetivos, concernentes à figura do lesado e do lesante, isto é, ao contexto em que situados,⁸⁸ não para mensurar o *quantum debetur* mas para averiguar se configurado, ou não, e em que medida, o próprio dano indenizável. Como é cediço, uma figura pública – v.g., um prefeito ou governador – tem margens mais dilatadas no que concerne ao resguardo de sua vida privada do que uma pessoa “comum”, já que o interesse público exige, quanto aos primeiros, maior dose de “transparência”. Do mesmo modo, a lesão na mão de um pianista, resultando em perda parcial da agilidade motora terá repercussões (patrimoniais e extrapatrimoniais) diversas das que teria um cantor de ópera.

Contudo, por vezes o critério da condição pessoal das partes resta subsumido no que tange à sua condição socioeconômica. Parcela expressivamente crescente da doutrina – que endosso – critica o *standard* da condição econômica e social das partes (muito embora este tenha ainda curso nos julgados), pois o critério é fundamentalmente injusto: minora-se a indenização dos mais humildes, majora-se a dos poderosos. Há exceções a essa inclinação da jurisprudência.⁸⁹ A falha está em atribuir menos a quem tem menos e mais a quem tem mais, com a justificativa de evitar-se um enriquecimento sem causa, o que configura um mero pretexto além de não corresponder a qualquer princípio de justiça.⁹⁰

3.1.5. O grau de sofrimento da vítima

O critério do “grau de sofrimento da vítima” é o mais inconsistente. Como acima sustentou-se, dano moral não se confunde com sentimentos (que podem ser, não obstante, vividos pela vítima), consistindo, ao revés, na violação de bens jurídicos extrapatrimoniais, como a saúde, o respeito, a honra etc. Demais disto, é positivamente impossível medir-se ou valorar-se sentimentos tão íntimos e singularizado quanto a dor ou o vexame: o que é

88 Assim opinou-se em MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, t. II, v. V, p. 465-466.

89 REsp 660.267/DF. Terceira Turma. Rel.³ Min.³ Nancy Andrighi, j. 07.05.2007. Similarmente, o Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito no REsp 62.963/MG. Terceira Turma, j. 06.04.1997.

90 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 301-302.

vexaminoso para uns (por exemplo exibir-se em algum programa televisivo, ou expor intimidades em *sites* “sociais”) não o será para outros.

Na impossibilidade de medir-se com rigor matemático o *quantum* indenizatório no terreno das lesões extrapatrimoniais, será preciso seguir-se método que, atento ao sistema, realiza a conjugação entre os *standards* abstratos de valoração e os dados concretos do caso. Trata-se do “método bifásico”, proposto por Paulo Sanseverino em obra doutrinária,⁹¹ sendo estampado em decisões de sua relatoria como ministro do STJ,⁹² bem como em acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrihgi.⁹³

3.2. O método bifásico

Esse método busca estabelecer o *arbitramento equitativo da indenização* pelo juiz por dano moral, utilizando, para tal fim, *standards* racionais de fundamentação e motivação da sentença, sendo expressa a indicação dos critérios utilizados.⁹⁴ Muito sinteticamente: inspirado no art. 59 do Código Penal,⁹⁵ verdadeiro norte legal para a concreção judicial,⁹⁶ propõe que o ar-

- 91 SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *O princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280-290. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. A hermenêutica na visão do juiz. Instituto de Estudos Culturalistas. Cadernos para Debate n. 4. – “*Conversa sobre a interpretação no Direito*” Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale. Canela: IEC 2011. Também em SANSEVERINO, Paulo de Tarso. O princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014 (no prelo).
- 92 STJ. Terceira Turma. REsp 959.780/ES. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.04.2011; STJ. Terceira Turma. REsp 1.152.541/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.09.2011; STJ. Terceira Turma. REsp 1.243.632/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.09.2012; STJ. Terceira Turma. REsp 1.197.284/AM. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 23.10.2012; STJ. Terceira Turma. REsp 1.279.173/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04.04.2013.
- 93 STJ. REsp 710.879/MG. Terceira Turma. Rel.ª Min.ª Nancy Andrihgi, j. 01.06.2006.
- 94 SANSEVERINO, Paulo de Tarso. A hermenêutica na visão do juiz. Instituto de Estudos Culturalistas. Cadernos para Debate n. 4. – “*Conversa sobre a interpretação no Direito*” Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale. Canela: IEC 2011, p. 88, grifamos.
- 95 CÓDIGO PENAL. art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...) II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- 96 Conforme explica Miguel Reale JR., a “dicção constante do art. 59 do anteprojeto viria a ser o mote repetido em diversos artigos: a individualização da pena, a forma

bitramento equitativo da indenização por prejuízos sem conteúdo patrimonial se desdobre em duas fases “que atendam a esses dois fundamentos, correspondendo a uma autêntica operação de concreção”.⁹⁷ Como segue:

“Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (*grupo de casos*). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do

de cumprimento inicial da pena privativa, a sua substituição por pena alternativa ou de multa devem ser feitas de acordo com o que é o necessário e o suficiente para a justa reprovação e prevenção do crime, tendo em vista o *quantum* de culpabilidade”. REALE JR., Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, jul. 2010, item 2.5.

- 97 De fato, o raciocínio do método bifásico é análogo ao método trifásico concernente à aplicação da pena no Direito Penal. Da primeira fase, na qual se busca fixar um valor-base (pena-base, para o Direito Penal) conforme casos semelhantes, parte-se para, na segunda fase, analisar as circunstâncias (aqui referidas como *standards* usuais) em vista da individualização da condenação conforme as circunstâncias concretas. O autor complementa a aproximação do raciocínio: “A utilização dessas circunstâncias, que guardam semelhança com as previstas no art. 59 do Código Penal, encontra respaldo no postulado da razoabilidade, pois, além dos pontos de contato já analisados entre a responsabilidade civil e penal, o principal problema enfrentado pelo juízo penal na fixação da pena por um crime é semelhante ao do juízo civil na quantificação da indenização por danos morais. O juiz penal transforma ofensas a bens jurídicos diversos (vida, integridade psicofísica, patrimônio, liberdade, honra) em restrições ao direito de liberdade do réu. O juízo civil transforma agressões a interesses jurídicos sem dimensão patrimonial em indenização pecuniária. A principal diferença é que, na esfera penal, há a indicação pelo legislador de limites mínimos e máximos para as penas restritivas de liberdade, o que não ocorre na responsabilidade civil.” SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *O princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283-284; Também em: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *O princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no código civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014 (no prelo), grifei.

caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial”.⁹⁸

4. CONCLUSÕES

Aí está precisamente o ponto a reter. O juiz há de ter critérios; estes serão aqueles formulados em vista do sistema; e a pertinência de tais critérios há de ser objeto da motivação da sentença, tecendo-se uma articulada conjugação entre elementos abstratos (os *standards*) e concretos (os dados do caso), observando-se, em maior medida possível, o princípio da igualdade, é dizer: para casos iguais ou similares, soluções judiciais iguais ou similares. Os padrões lógico-decisórios não de vir expressos, minimizando-se os perigos do que autorizada doutrina denominou “anarquia interpretativa” derivada da pressuposição brasileira de que os ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, com o que “nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal”.⁹⁹ O modelo do livre convencimento racional não pode servir de escudo à formação dos *standards* que viabilizem apanhar os desvios lógico-inferenciais, os “erros, subjetivismos, arbitrariedades, a partir do exame lógico do ‘como’, do ‘por que meios’, ‘por que maneira’ etc., atingiu-se uma certa convicção”.¹⁰⁰

Acrescem a *ausência de um trabalho dogmático* acerca de tais fragilidades e inconsistências (pois se sucedem as teorias ao sabor das escolas e dos modismos) e a muito *volumosa demanda ao Judiciário* que, compreensivelmente, não consegue dar conta de “limpar as cocheiras de Augias”,¹⁰¹

98 SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *O princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288-289. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. A hermenêutica na visão do juiz. Instituto de Estudos Culturalistas. Cadernos para Debate nº 4. – “*Conversa sobre a interpretação no direito*”. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale. Canela: IEC 2011, p. 92, grifei.

99 Assim, Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Bahia, que acrescentam: “Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes” (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43).

100 ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, v. 157. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 57.

101 Assim LAMBERT, Pierre. La Montée en puissance du juge. Em: *Le rôle du juge dans la cité*. Les Cahiers de l’Institut d’études sur la Justice. Bruxellas: Ed. Bruylant, 2002, p. 3. A expressão “limpar as cocheiras de Augias” remete a um dos doze trabalhos de Hércules, da mitologia grega, significando desempenhar, com sucesso e rapidamente, um enorme esforço.

expressão que, remetendo a uma hercúlea força, conota a ideia de uma capacidade inaudita para rapidamente resolver tarefas complexas. O resultado está na fragilidade das motivações das sentenças, nas idas e vindas das soluções aventadas, impulsionadas, por vezes, por uma doutrina aligeirada, na miscelânea das decisões conflitantes sobre um mesmo tema – em uma palavra: na *insegurança jurídica* derivada da impossibilidade de manter expectativas suscitadas nos jurisdicionados quanto à certa regularidade e firmeza no que “é Direito”, bem como vê-las razoavelmente atendidas. É tarefa urgente, bem por isto, apontar à função do dano extrapatrimonial como instituto jurídico e aos critérios de julgamento e fixação da indenização, assinalando, correlatamente, os elementos de sua concreção.

Barra Grande, janeiro de 2014.