

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS

VANESSA VIEIRA PESSANHA

ANDREAS KRELL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Grazielly Alessandra Baggenstoss; Vanessa Vieira Pessanha; Andreas Krell – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-626-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) de Hermenêutica Jurídica do XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), que ocorreu em Salvador-BA, concentrou-se em três etapas de apresentação – cada uma seguida por uma sessão de comentários por parte da coordenação do GT e dos pesquisadores presentes – e contemplou trabalhos de base teórica e estudos de aplicabilidade das construções teóricas hermenêuticas. A inestimável contribuição de cada um dos artigos apresentados sedia-se na contemporaneidade e na relevância da abordagem dos temas selecionados pelas autoras e pelos autores, os quais traçam pensamento crítico e em sintonia com a realidade brasileira atual.

O texto intitulado “Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional no âmbito do Estado Democrático de Direito”, elaborado por Rebeca Henriques Silva Ivo e Daniel Alves dos Santos, desenvolve, a partir da teoria hermenêutica de Lenio Streck, uma crítica às técnicas de interpretação utilizadas por uma boa parte dos juízes brasileiros, que deixa de aproveitar as novas possibilidades hermenêuticas surgidas com a “virada linguística” na Filosofia, e insiste em uma atitude solipsista, sem respeitar a “integridade” do Direito.

O artigo “Hermenêutica e paradigma do pluralismo na jurisdição constitucional”, apresentado por Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira, estrutura-se na inquietação acerca de como se legitima a atuação do magistrado e como as teorias hermenêuticas podem contribuir para a certificação dessa legitimidade. Passando por uma discussão sobre os principais modelos de democracia na atualidade (liberal, comunitário, deliberativo), a autora apresenta o modelo da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle.

O trabalho “Hermenêutica, exegese e ativismo judicial: a concretização da norma constitucional”, da lavra de Bricio Luis da Anunciação Melo e de Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias, traz o questionamento sobre o ativismo judicial que pode ser “do bem” e “do mal”, destacando o ponto decisivo da postura do magistrado e os frequentes abusos do conceito de proporcionalidade. Os autores enfatizam, ainda, que, para uma legitimação de sua atuação, pela leitura de Konrad Hesse, o intérprete deve partir da norma e retornar a ela – e não retornar à sua vontade.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Maria Cristina Zainaghi são autoras do artigo intitulado “A interpretação da norma processual”, em que se destacou a preocupação para com a aplicabilidade da norma processual do novo Código de Processo Civil Brasileiro (2016), em que, especialmente no âmbito executório, procede-se a uma extensão extrema de norma sob a justificativa de promover a sua efetividade. Assim, defendem que a base principiológica da codificação resta prejudicada, o que dificulta sobremaneira uma interpretação “razoável” das normas.

No trabalho “Coerência e integridade: o desafio hermenêutico do advogado na superação ao casuísmo da fundamentação judicial no sistema de precedentes judiciais”, Silvio Ulysses Sousa Lima e José Eleomá de Vasconcelos Ponciano levantam a questão do déficit argumentativo na hora da apresentação de razões jurídicas por parte dos advogados, sublinhando a finalidade deste ato para contribuir para a construção de uma decisão judicial correta pelo magistrado.

Alexander Perazo Nunes de Carvalho e José Nilo Avelino Filho propõem o artigo “Utilização (in)correta dos princípios como suporte fundamental das decisões judiciais no Brasil”, em que, a partir da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), discutem e criticam a utilização equivocada e pouco organizada dos princípios por parte dos tribunais brasileiros.

Os “Critérios de interpretação de Savigny e a hermenêutica do direito privado contemporâneo” são trazidos por Antonio Lourenço da Costa Neto e Marcia Maria Pinheiro da Silva, cujos estudos têm por objeto a obra “Sistema do Direito Romano Atual”, de Savigny, e a sua recepção no Brasil e em Portugal. Verificando algumas incorreções nas traduções realizadas, concluem pela atualidade dos ensinamentos da obra, bem como pela não superação dos constructos teóricos delineados pelo autor.

A “Teoria sistêmica, alopoiese e justiça social na Lei 13.467/2017: uma visão pós-luhmanniana da reforma trabalhista” foi apresentada por Mauricio de Melo Teixeira Branco, o qual demonstrou, a partir dos conceitos básicos da “Teoria dos Sistemas”, de Niklas Luhmann, e de escritos pós-luhmannianos, que a Reforma Trabalhista brasileira, de 2017, reflete uma relação alopoiética entre os sistemas jurídico e econômico no país, com predomínio deste último.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari trouxeram o estudo “A ausência de consenso sobre a extensão dos termos ‘proporcionalidade’ e ‘razoabilidade’ em ações indenizatórias em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do RJ”, em que refletem

criticamente sobre a utilização, em casos no órgão jurisdicional mencionado, dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade com o intuito de construir soluções corretas para os litígios relacionados à concessão de danos morais.

O trabalho “A utilidade de argumentos pragmáticos no processo de tomada de decisões judiciais justas – um viés eleitoralista”, da autoria de Leonardo Tricot Saldanha e Sarah Francieli Mello Weimer, oferece o cenário da justiça eleitoral e a sua argumentação pragmática para criticar as técnicas decisórias típicas deste ramo jurídico, as quais sobrevalorizam as consequências da decisão judicial sem, contudo, revelar essa preocupação nos motivos da sentença.

A “Pensão alimentícia como direito coletivo fundamental stricto sensu e seu acolhimento e efetivação por meio da hermenêutica jurídica” é o trabalho de Letícia de Oliveira Catani Ferreira e Danilo Henrique Nunes, em que defendem a sua hipótese ao argumento de que o direito coletivo perfaz-se a partir da vinculação de um determinado grupo de pessoas por questões jurídicas.

Finalmente, o artigo “(In)segurança jurídica: a interpretação e a aplicação da Lei n. 13.467/17 de acordo com o art. 8º, § 2º da CLT” é trazido por Maria Júlia Bravieira Carvalho, que questiona as súmulas e a sua caracterização como determinações normativas que criam direitos ou obrigações, procurando avaliar se o referido dispositivo legal proporcionará maior segurança jurídica às relações de trabalho.

Todos os 18 (dezoito) artigos aprovados para o GT de Hermenêutica Jurídica foram apresentados, promovendo discussões bastante proveitosas e debates relevantes. Vale registrar que os trabalhos aprovados para o GT e não mencionados nesta apresentação dos anais podem ser encontrados na “Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica”, periódico do Conpedi disponível na Plataforma Index Law Journals.

Saudações acadêmicas e votos de boa leitura,

Prof. Dr. Andreas Krell (UFAL)

Profa. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss (UFSC)

Profa. Dra. Vanessa Vieira Pessanha (UNEB)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A AUSÊNCIA DE CONSENSO SOBRE A EXTENSÃO DOS TERMOS
“PROPORCIONALIDADE” E “RAZOABILIDADE” EM AÇÕES
INDENIZATÓRIAS EM TRÂMITE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**THE ABSENCE OF CONSENSUS ON THE EXTENSION OF THE TERMS
"PROPORTIONALITY" AND "REASONABLENESS" IN LAWSUITS PENDING IN
THE SPECIAL CIVIL COURTS OF THE STATE OF RIO DE JANEIRO**

**Bárbara Gomes Lupetti Baptista
Daniel Navarro Puerari**

Resumo

Este trabalho problematiza a imprecisão e a ausência de consenso sobre a extensão dos termos “proporcionalidade” e “razoabilidade” no tratamento dos conflitos de natureza indenizatória que são julgados no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. A partir de análise jurisprudencial, recortada no ano de 2017, verificamos que os magistrados operacionalizam essas categorias de modo seletivo e subjetivo. Os dados jurisprudenciais coletados sugerem que a tentativa de se valer das categorias “proporcionalidade” e “razoabilidade” para emprestar objetividade às decisões judiciais não foi suficiente para escapar à subjetividade que afeta a prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Juizados especiais cíveis, Ações indenizatórias, Proporcionalidade, Razoabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This work problematizes the imprecision and lack of consensus on the extension of the terms "proportionality" and "reasonableness" in the treatment of conflicts of an indemnity nature that are judged in the scope of the Special Civil Courts of the State of Rio de Janeiro. Based on jurisprudential analysis, cut in the year 2017, we find that magistrates operate these categories in a selective and subjective manner. The collected jurisprudential data suggest that the attempt to use the categories "proportionality" and "reasonableness" to lend objectivity to judicial decisions was not enough to escape the subjectivity that affects the jurisdictional provision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Small claims courts, Indemnification actions, Proportionality, Reasonability

Introdução

Este trabalho pretende problematizar a imprecisão e a **ausência de consenso sobre a extensão dos termos** “proporcionalidade” e “razoabilidade” no tratamento dos conflitos de natureza indenizatória que são julgados no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Através de análise jurisprudencial, recortada no ano de 2017, buscamos no site do TJERJ, especificamente no campo relacionado às Turmas Recursais, com competência cível, os termos conjugados “dano” e “moral” e “razoabilidade” e “proporcionalidade”, tendo sido vinculados à palavra ou à expressão precisamente 700 (setecentas) decisões judiciais¹, relacionados aos mais diversos tipos de demandas, desde questões relacionadas a planos de saúde, negativas em cadastros de restrição, corte de serviços essenciais, não entrega de produtos essenciais, extravios de malas, atrasos de voo, contratos bancários, dentre outros, o que, em princípio, nos pareceu exigir um recorte temático que desse conta de permitir a reflexão proposta neste trabalho.

No entanto, no lugar de investirmos em um recorte temático, passamos à leitura das ementas dessas decisões, a fim de identificar, de modo exploratório, como os termos “razoabilidade” e “proporcionalidade” eram operacionalizados pelos julgadores e identificamos, então, o que nos ensejou a problemática, fruto do estranhamento que nos mobilizou a escrever este texto em coautoria.

A inquietude que acionou o nosso “gatilho” para pensar como os Juizados Especiais dão conta de se apropriar dos termos “proporcionalidade” e “razoabilidade” nos casos concretos que cuidam de ações de indenização por dano moral, decorreu da constatação de que esses princípios têm conteúdo indeterminado, embora, doutrinariamente, sejam apropriados pelos juristas como critérios objetivos, racionais e necessários para estabelecer um arbitramento mais consciente ou pragmático do valor indenizatório dos pedidos de dano moral.

Ou seja, discursivamente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são tratados como critérios objetivos para nortear o julgador no momento de estabelecer o *quantum* indenizatório nas ações de reparação civil que objetivam condenação em dano

¹ Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em 26. mar. 2017. Resultado da busca: “(*) **Indica que a palavra ou expressão pesquisada foi encontrada na ementa. Pesquisa: dano e moral e razoabilidade e proporcionalidade. Relação de 1 até 10 de 700.**”.

moral. No entanto, o uso empírico desses princípios acaba por demonstrar que a idealização de um norte objetivo, resvalou, na prática, em uma imprecisão e indeterminação que resultam em uma tremenda dificuldade de identificar os seus significados precisos, parecendo-nos que aquilo que se pretendia ser objetivo e racional, tornou-se aleatório, seletivo e impreciso, sendo esta a nossa problemática de pesquisa.

O trabalho fora desenvolvido de forma a, primeiramente, ser elaborada uma breve reflexão acerca dos Juizados Especiais Cíveis e do seu contexto na administração de conflitos cíveis. Após, trataremos sucintamente do tema da indenização por dano moral. Em seguida, abordamos a questão específica dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade e, por fim, explicitaremos a problemática através da abordagem de alguns dentre os 700 (setecentos) casos concretos que apareceram na busca jurisprudencial realizada, tratando de pensar sobre como o ideal de objetivar a jurisdição não encontra correspondência empírica, tendo em vista que os usos e as apropriações dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ensejam mais abstração do que racionalidade no tratamento dos casos concretos.

1. O campo de pesquisa: os Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro

Os Juizados Especiais são difundidos como um importante meio de acesso à justiça, por permitirem que cidadãos busquem soluções para seus conflitos cotidianos de forma rápida, eficiente e gratuita. Constituem-se como órgãos do Poder Judiciário, disciplinados pela Lei n.º 9.099/95, que dispõe, no âmbito estadual, sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; pela Lei nº 12.153/2009, que trata dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, e pela Lei nº 10/259/2001, que cuida dos Juizados no âmbito Federal.

No âmbito do Estado, que foi o objeto da pesquisa que ensejou a elaboração deste texto, os Juizados Especiais Cíveis se destinam a conciliar, julgar e executar causas de menor complexidade, de qualquer natureza, e que não excedam o limite de 40 salários mínimos, assim como, do ponto de vista da competência em razão da matéria, ações de despejo para uso próprio; possessórias sobre bens imóveis; de arrendamento rural e de parceria agrícola; de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; de ressarcimento por danos causados em acidentes de veículos, ressalvados os casos de processo de execução; de cobrança de seguro, relativo aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; de cobrança de honorários dos profissionais liberais, salvo o disposto em legislação especial.

Constitucionalmente, o artigo 98, I, da CRFB/88, previu que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, no caso, as Turmas Recursais, que nos serviram de fonte empírica para a reflexão que deu azo ao texto.

Ou seja, a partir da Constituição de 1988, foi aprovada, em 1995, a referida Lei nº 9.099/95, que revogou tacitamente a Lei anterior, nº 7.244/84, passando a estabelecer o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, com competência para as causas consideradas de menor complexidade, nos termos do art. 3º.

A lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais também estabelecia em seu artigo 2º os princípios norteadores do procedimento, quais sejam, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, seu principal objetivo.

A receptividade dos Juizados foi bastante comemorada na ocasião, retratando-se, a experiência, como algo que faria valer a ideia plena de acesso à Justiça, oferecendo às camadas mais carentes da população um processo acessível, rápido, simples e econômico.

É certo que a criação dos juizados especiais permitiu à população brasileira levar ao Judiciário uma série de demandas que, antes, estavam à margem do sistema de justiça e, com isso, facilitou a socialização das pessoas com o Poder Judiciário.

Apesar disso, também é certo que uma das questões mais intrigantes acerca do funcionamento dos juizados especiais, diz respeito à percepção de que este microsistema, na busca pela celeridade, acabou por comprometer garantias processuais importantes, e, com isso, embora tenha, de fato, assegurado um acesso mais facilitado da população ao Poder Judiciário, não conseguiu, em suas práticas, garantir o propalado acesso à justiça, aqui entendido como acesso a um “processo justo” (GRECO, 2005; MIRANDA NETTO, 2009).

No contexto das “ondas renovatórias” de Cappelletti e de Garth (1988)², um modelo ideal de acesso à justiça depende, necessariamente, da (co)existência de distintos fatores,

² É certo que os juizados especiais surgiram, no Brasil, como reflexo das ondas renovatórias, que visavam, à época, a ampliação do acesso à Justiça através da transformação do processo em um mecanismo mais informal, menos custoso e, principalmente, mais rápido para resolver os problemas dos cidadãos. A primeira regulamentação veio com a Lei nº 7.244/1984, que criou os juizados de pequenas causas. Após a CRFB/88, no entanto, houve a expressa previsão da necessidade de criação dos juizados especiais (art. 98, I), regulamentados, no âmbito estadual, em 1995, pela Lei nº 9099/1995, e em âmbito federal, pela Emenda Constitucional 22, de 1999, que previu a possibilidade destes juizados também no âmbito da Justiça Federal, o que ocorreu com o

conjugando-se, de um lado, mecanismos oficiais capazes de solucionar rapidamente, sem custos ou com custos reduzidos, conflitos de menor complexidade, e, de outro lado [e ao mesmo tempo], garantir uma decisão justa, viabilizando ampla defesa, contraditório e possibilidade efetiva de participação das partes na direção do rito processual.

Nessa medida, após 20 anos de vigência da Lei nº 9.099/1995, críticas não faltam às disfunções do sistema dos juizados especiais, notadamente aos seus problemas estruturais e de operacionalização, assim como às diversas violações de garantias processuais que são suprimidas em nome da celeridade “a qualquer preço”, que, nos dizeres de Barbosa Moreira, precisa ser contida, pois, “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa.” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 5).

Por outro lado, não se pode negar que boa parte das críticas advém daqueles que ainda buscam uma justiça formal, estruturada nos moldes rígidos e hierárquicos que mantiveram uma significativa parcela da população distante da solução de seus conflitos, naquilo que Kazuo Watanabe denominou de “litigiosidade contida” (WATANABE, 1985, p. 2).

Sendo assim, nossa proposta aqui não é discutir, precisamente, as idealizações, funções, disfunções e possibilidades dos Juizados Especiais, mas apenas retratar que este foi o espaço e a contextualização da pesquisa que ensejou o nosso artigo, que está, definitivamente, preocupado em explicitar as incoerências entre o discurso doutrinário sobre a ideia da proporcionalidade e da razoabilidade como norteadores de uma jurisdição racional em contraponto com a análise de decisões judiciais que demonstram que os critérios supostamente objetivos e racionais são apropriados de forma aleatória, destoando de sua missão discursiva e redundando, ao fim e ao cabo, em categorias imprecisas e deslocadas dos casos concretos.

2. A indenização por dano moral

Há muito tempo é pacífica a questão acerca da natureza do dano causado à direito extrapatrimonial da pessoa, bem como a possibilidade de indenização de tal dano. Na CRFB/1988 há expressa previsão, justamente em seu título II, correspondente aos direitos e garantias fundamentais:

advento da Lei nº 10.259/2001 e, posteriormente, com a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, pela Lei nº 12.153/2009.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...]

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

Como visto, nossa carta magna estabelece que é assegurado o direito à indenização por dano moral. Ou seja, é dever do Estado assegurá-lo, o que o enquadra no rol dos direitos e garantias fundamentais, ao lado da garantia à efetiva prestação jurisdicional.

No Código Civil encontramos, igualmente, nos artigos 186 e 927, previsão acerca da indenização por dano causado por ato ilícito, que se conceitua como o ato que viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Pois bem, sobre o conceito de dano moral, observam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p.133):

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

O autor Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 483), por sua vez, conceitua o dano moral distinguindo-o do dano material:

Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio. A expressão “dano moral” deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

Assim, considerando que há expressa determinação constitucional, e também infraconstitucional, para a reparação de todo e qualquer ato que cause dano a outrem, podemos concluir que a reparação deve ser efetiva e integral, a ponto de ressarcir na exata medida o dano patrimonial causado, ou seja, o prejuízo efetivamente sofrido pelo lesado (dano emergente) e o que este deixou de auferir patrimonialmente (lucros cessantes).

No que se refere à indenização por dano moral, a solução não se demonstra tão simples e objetiva assim. Segundo a literatura civilista, necessário se faz a adoção de alguns critérios para a fixação da reparação. Tais critérios consideram a denominada natureza punitiva, pedagógica e compensatória da indenização por dano moral. No entanto, tal caráter punitivo e pedagógico, sustentam os autores, não podem ultrapassar o limite do razoável e deve ser, ainda, proporcional ao dano causado, para não gerar o enriquecimento sem causa da pessoa que virá a ser reparada. Carlos Roberto Gonçalves menciona, sobre a natureza jurídica do dano moral (GONÇALVES, 2012, p. 497), que “tem prevalecido o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.”.

Justamente nesta equação, entre a necessária expressão de punição ao ofensor e o sentimento ou sensação de reparação para o ofendido, que repousa a problemática questão do arbitramento da indenização extrapatrimonial, que deve refletir uma real punição para quem comete o dano, desestimulando-o a cometer novamente ato lesivo, mas, ao mesmo tempo, não pode ser de tamanha monta a enriquecer o lesado. Sobre a dificuldade de quantificação no arbitramento do dano moral, GONÇALVES assevera (2012, p. 498-499):

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes-lucros cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado. As leis em geral não costumam formular critérios ou mecanismos para a fixação do quantum da reparação, a não ser em algumas hipóteses, preferindo deixar ao prudente arbítrio do juiz a decisão, em cada caso. Por essa razão, a jurisprudência tem procurado encontrar soluções e traçar alguns parâmetros, desempenhando importante papel nesse particular [...] Cabe ao juiz, pois, em cada caso, valendo-se dos poderes que lhe confere o estatuto processual vigente (arts. 125 e ss.), dos parâmetros traçados em algumas leis e pela jurisprudência, bem como das regras da experiência, analisar as diversas circunstâncias fáticas e fixar a indenização adequada aos valores em causa.

Na tentativa de solucionar ou neutralizar o subjetivismo que envolve o problema da quantificação da indenização, dentre muitas outras discussões, para o que interessa neste texto, destacamos a problemática opção dos juristas de adotar os critérios da

proporcionalidade e da razoabilidade para fundamentar o arbitramento das indenizações por danos morais no sistema judiciário brasileiro.

3. A razoabilidade e a proporcionalidade: a imprecisão dos conceitos e a tentativa teórica de racionalizar o que é subjetivo

Neste tópico, entendemos que seria conveniente tecermos alguns sucintos comentários acerca da clássica divisão do gênero “norma” entre suas espécies, que são as regras e os princípios. Vejamos algumas das principais distinções segundo os trabalhos mais importantes sobre o tema (ÁVILA, 2004, p. 27):

Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.

Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelece fundamentos normativos para a aplicação e aplicação do Direito. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal das proposições jurídicas [...]

Para Canaris, duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para a sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação [...]

Em seguida, Humberto Ávila (2004, p. 31), na mesma obra supracitada, esclarece sobre a importância da tradição anglo-saxônica, representada por Ronald Dworkin, no que se refere às reflexões sobre a distinção entre regras e princípios. Sua construção doutrinária em seguida serviu de fundamento para a construção de Robert Alexy:

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. A finalidade de estudo do Dworkin foi fazer um ataque geral ao positivismo (*general attack on positivism*) sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all or nothing*) no sentido de que se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os

princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contém fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras possuem uma dimensão de peso (*dimensiono of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez e comparativos, como afirma Robert Alexy. A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, extremando as duas espécies normativas.

Alexy, partindo das considerações de Dworkin precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas, por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão decorrente no caso e colisão entre os princípios: nesse caso a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas recebe a prevalência.

Como visto acima, para Alexy, entre regras e princípios não existiria apenas uma diferença de grau de generalidade, que em relação às regras seria relativamente baixo quando comparado aos princípios, que possuiriam um alto grau de generalidade, mas também uma diferença qualitativa. Assim, um princípio não incidiria quando se confere um peso maior a outro princípio antagônico em colisão.

Pois bem, traçadas essas considerações iniciais sobre a distinção entre princípios e regras, vejamos a questão que envolve a proporcionalidade e a razoabilidade.

Seriam estas categorias, um princípio ou uma regra?

Vejamos os esclarecimentos trazidos por Karina Roberto e Nelson Finotti (2012, p. 1559), citando Virgílio Afonso da Silva especificamente sobre a proporcionalidade:

Diante da discussão explanada a respeito da distinção entre regras e princípios, chega-se a conclusão de que, de acordo com a teoria de Robert Alexy, a não pode ser considerada um princípio, mas sim uma regra, porque, como nos mostra Virgílio Afonso da Silva, “não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é constante, sem variações”, e para Humberto Ávila, “não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência”. A proporcionalidade e suas sub-regras, que serão estudadas adiante, são consideradas por Alexy como regras, pois não são sopesadas contra algo, ou são satisfeitas ou não são, sendo aplicadas por meio da subsunção, e somente regras são aplicadas por esse meio. Portanto,

a denominação mais correta e que será neste trabalho é regra da proporcionalidade.

Verificando diretamente a obra de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24), que por sua vez cita Humberto Ávila, compreendemos de forma ainda mais clara a referida distinção, bem como, por qual razão ser a proporcionalidade considerada regra, e não princípio³:

Princípios são, portanto, "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas"; são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Ainda que esta brevíssima explicação não seja esclarecedora o suficiente, é o que basta para o presente trabalho, e é o que é possível desenvolver aqui sem dar início a outro tema. A literatura jurídica em língua portuguesa já se ocupou freqüentemente do assunto e há material bastante para aprofundamento. O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Nesse sentido, Humberto Bergmann Ávila afirma que Alexy, "sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência." Não é de todo correta, contudo, a afirmação. É correto, como já dito, que o chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito. Mas Alexy enquadra-o, sim, e outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. Após fazer as ressalvas citadas por Bergmann Ávila, Alexy afirma que os sub-elemento da proporcionalidade "devem ser classificados como regras"

Desta forma, especificamente sobre o conceito de proporcionalidade, temos que este não se confunde com a concepção coloquial de proporção em suas inúmeras manifestações, como assevera Humberto Ávila (2002, P. 111)

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas à situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivos dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as

³ Vale ressaltar que a regra da proporcionalidade, na maior parte das vezes é considerada como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais. Todavia, como assevera Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23), "cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência

vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam entorno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles, não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

O segundo problema diz respeito ao seu funcionamento. Existe aparente clareza quanto à circunstância de o postulado da proporcionalidade exigir o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os meios devem ser adequados para atingir o fim.

Conforme destacamos acima, a proporcionalidade jamais poderia, segundo o entendimento germânico pautado na teoria de Alexy, ser confundida com o princípio da razoabilidade. Manoel Aureliano Ferreira Neto (2008, p. 63) bem expõe a referida diferença:

De tudo o que foi dito, a conclusão que se chega é que a distinção entre estes dois princípios não é tarefa das mais simples. Mas o ponto básico que os diferencia não é, certamente, a origem de cada um dos princípios. A razoabilidade que se desenvolveu na jurisprudência norte americana, e a proporcionalidade ordenamento jurídico constitucional alemão.

Como assinala Valeschka e Silva Braga, a razoabilidade é aplicada intuitivamente pelos juízes norte americanos, como a virtude do homem prudente. Nele não existe a “pretensão da universalidade”, pois, em outras circunstâncias locais e temporais, poderá ser encontrada a solução mais razoável.”

Todavia, nossa jurisprudência, mesmo nos tribunais superiores, tende a tratar os dois institutos como sinônimos, conforme observamos abaixo, e sem pontuar, com precisão, qual deles representaria regra e qual seria princípio, apropriando-se, de ambos, como categorias empíricas de grande uso (e indistinção) jurisprudencial, estando, sempre, necessariamente juntos. Apenas para ilustrar, jurisprudências do STJ e da Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do TJERJ:

*STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
AgRg no AREsp 604037 MG 2014/0277057-3 (STJ)*

Data de publicação: 23/04/2015

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATRASO EM VOO. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DAPROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE DECISÃO MANTIDA.

1. Somente em hipóteses excepcionais, quando o valor da indenização por dano moral arbitrado na origem for irrisório ou excessivo, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do óbice da Súmula n. 7/STJ para possibilitar a revisão da importância fixada. 2. A quantia indenizatória estabelecida no caso concreto não destoia dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Agravo regimental a que nega provimento.

TJERJ. RECURSO INOMINADO. 0006165-41.2017.8.19.0203 - Julgamento: 28/09/2017 - CAPITAL 1a. TURMA RECURSAL DOS JUIZES ESPÉCIAIS

[...] Em relação aos danos morais, não resta a menor dúvida de que os fatos apresentados ultrapassaram a esfera do mero aborrecimento. Aplica-se, aqui, o disposto na Súmula 89, do TJRJ: A inscrição indevida de nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito configura dano moral, devendo a verba indenizatória ser fixada de acordo com as especificidades do caso concreto, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A decisão, sem a indenização por danos morais, não teria qualquer efeito pedagógico e, por conseguinte, se distanciaria da equidade perseguida pelo art. 6º, da Lei 9.099/95: O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei às exigências do bem comum. No entanto, a indenização deve ser fixada à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, observados os critérios da capacidade econômica do ofensor, a gravidade do dano e o grau de culpa ou intensidade do dolo do agente, sob pena de configurar o enriquecimento sem causa. O valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) mostra-se adequado às peculiaridades do caso apresentado. Face ao exposto, JULGO, na forma do art. 487, I, do Novo Código de Processo Civil: procedente em parte o pedido de reparação por danos morais, para condenar a ré a pagar a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), acrescida de juro de 1% ao mês e corrigida monetariamente desde a publicação. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO CONSELHO RECURSAL.

Ressaltando essa apropriação feita pela jurisprudência, tratando proporcionalidade e razoabilidade como princípios, e mais, como sinônimos, traz Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 31), que mesmo o Supremo Tribunal Federal muitas vezes age de maneira não consistente ao aplicar a proporcionalidade:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’ [...] Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.

Percebemos, ainda, que no IX Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado em 1997, foi aprovada proposição no sentido de que, no arbitramento da indenização por dano moral,

“o juiz deverá levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado”. Ou seja, sem especificar uma diferença exata entre razoabilidade e proporcionalidade se cria uma diretriz extremamente abstrata para a fixação da indenização por danos morais. Tal postura apenas contribui para um agravamento da insegurança jurídica que envolve o tema.

No mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho (2012) reforça o critério da razoabilidade como sendo o pilar central da análise do julgador no momento de arbitramento de indenização por dano moral, ressaltando, ainda, que nesta análise o juiz deve empreender esforços para repelir o enriquecimento sem causa por parte do lesado. Vemos, ainda pelo trecho destacado de sua obra, que também considera proporcionalidade como algo proporcional e basicamente sinônimo de razoabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012 p.106):

Creio que na fixação do quantum *debeat* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norte adora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. Não me parece, data vênica, haver a menor parcela de bom-senso, a menor parcela de razoabilidade, na fixação de uma indenização por dano moral em valor muito superior à indenização pelo dano material a que faria jus a vítima, durante toda a sua sobrevida, caso lhe resultasse a morte ou incapacidade total. Não vejo como uma indenização pelo dano moral possa ser superior àquilo que a vítima ganharia durante toda a sua vida.

Apesar disso, existem autores que diferenciam e se esforçam em captar a precisão da distinção entre a razoabilidade da proporcionalidade e, indo além, tentam apresentar critérios para a aplicação da regra da proporcionalidade, chamada por Virgílio Afonso da Silva de sub-regras da proporcionalidade (2002, p.19):

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva

Porém, objetivamente, a distinção não costuma ser invocada nem mesmo considerada na empiria, que usa tais critérios de modo indistinto.

O que nos interessa aqui é, portanto, ilustrar como esses critérios norteadores, de fato, não norteiam a avaliação da indenização por danos morais, tratando-se mais de dispositivos discursivos de justificativa para decisões abstratas, do que propriamente critérios concretos de distribuição igualitária e racional da Justiça.

4. As decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis do TJERJ no ano de 2017: entre o ideal e o possível

Como dito, este texto pretende problematizar o uso indistinto dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade como fundamento de decisões judiciais em ações indenizatórias, apontando que a sua abstração acaba conformando um sistema que não só permite, como também legitima, no caso concreto, a relativização e a flexibilização do direito fundamental à reparação civil por dano moral, segundo circunstâncias indeclináveis na decisão e certamente subjetivas e implícitas nas razões de decidir. Assim, a proporcionalidade e a razoabilidade são apropriadas como fundamentos para qualquer argumento, ora sendo utilizados em uma decisão para manter uma sentença, ora para justificar a majoração do valor da indenização, ora para reduzir tal valor, sendo tratado de forma deslocada e descolada dos casos concretos que ensejam a sua apreciação.

Esses argumentos, que, embora sejam sofisticados, mostram-se vazios de conteúdo, na medida em que o intérprete não explicita, na decisão judicial, o que considerou proporcional e razoável naquele caso concreto. Entre o ideal e o possível, as decisões demonstram que, de fato, os conceitos são apropriados de modo descolado da realidade e sem correspondência no caso concreto.

Enquanto instrumentos de justificativa argumentativa sem definição unívoca, o uso de tais postulados como princípios sinônimos e abstratos dá margem a elevados graus de

subjetividade por parte do intérprete, abrindo ampliado espaço para que o magistrado os aplique de maneira simplista, reducionista, inconsistente e arbitrária.

O próprio Ministro do STF, hoje aposentado, Eros Grau, no XVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Pimenta Bueno, em mesa redonda presidida pelo professor titular Celso Lafer, acerca do tema “a evolução da jurisprudência do STF e a segurança jurídica”, manifestou a sua preocupação, nos seguintes termos⁴:

[...] quando ocorre o abuso dos princípios, e mais grave ainda, quando nesse abuso as preferências pessoais predominam, se faz a chamada ponderação dos princípios e acabamos decidindo no plano do arbítrio. Com isso, a insegurança jurídica se instala, na medida em que o STF deixa de ser controlador da constitucionalidade e passa a exercer o comando da proporcionalidade e razoabilidade das leis [...] o Supremo, muitas vezes, está “atravessando a praça”, na medida em que não existe um critério que oriente a maneira como os princípios e valores devem ser ponderados [...]

Infere-se dos casos analisados no âmbito das Turmas Recursais dos Juizados do Rio de Janeiro, que o Tribunal simplesmente invoca os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade de forma genérica e abstrata, usando-os como “varinhas de condão” (SARMENTO, 2006, p. 200), para justificar ora a manutenção, ora a majoração, ora a redução da verba indenizatória, tornando a decisão de fato obscura na medida em que o conceito de razoabilidade e proporcionalidade como tratada pelos julgados é extremamente subjetivo e de conceito indeterminável.

Como retratamos, buscamos no site do TJERJ, especificamente no campo relacionado às Turmas Recursais, com competência cível, no ano de 2017, os termos conjugados “dano” e “moral” e “razoabilidade” e “proporcionalidade”, tendo sido vinculados à palavra ou à expressão precisamente 700 (setecentas) decisões judiciais⁵, relacionados aos mais diversos tipos de demandas, desde questões relacionadas a planos de saúde, negativas em cadastros de restrição, corte de serviços essenciais, não entrega de produtos essenciais, extravios de malas, atrasos de voo, contratos bancários dentre outros, o que, em princípio, nos pareceu exigir um recorte temático que desse conta de permitir a reflexão proposta neste trabalho.

No entanto, no lugar de investirmos em um recorte temático, passamos à leitura das ementas dessas decisões, a fim de identificar, de modo exploratório, como os termos

⁴ Disponível em: <http://ascdialogando.blogspot.com.br/2009_09_01_archive.html>. Acesso em 26 mar. 2016.

⁵ Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em 02. Out. 2017. (*) **Indica que a palavra ou expressão pesquisada foi encontrada na ementa. Pesquisa: dano e moral e razoabilidade e proporcionalidade. Relação de 1 até 10 de 700.**

“razoabilidade” e “proporcionalidade” eram operacionalizados pelos julgadores e identificamos essa aleatoriedade nas decisões.

Nos casos analisados, verificamos que os julgadores apenas referenciam esses termos, sem contrastá-los e sem aprofundar nas minúcias do caso concreto, como se tratassem de argumentos que autorizam a manutenção, a redução ou a majoração do dano. Sem declinarem o que seria proporcional e o que seria razoável (ou não) na situação concreta julgada, verificamos que tais critérios são argumentos de justificativa a razões de decidir que ficam implícitas e obscurecidas nas decisões. Pela leitura das decisões, não conseguimos identificar se o juiz, na apreciação do caso concreto, considera importante para a fixação da verba indenizatória à título de danos morais as condições pessoais do ofendido e as possibilidades do ofensor, a extensão do dano e o denominado caráter punitivo e pedagógico da condenação ou se apenas escolhe parâmetros que atendam ao que considera ser razoável e proporcional, terminologia usual em qualquer decisão que envolva arbitramento de dano moral.

Apenas para ilustrar a forma como as categorias aparecem nos julgamentos e ementas, porque neste texto não foi possível dar conta de destrinchar cada um dos casos lidos, o que merecerá outro artigo que cuide da explicitação dos detalhes dos julgados, vale trazer à colação trechos extraídos de decisões judiciais proferidas no âmbito das Turmas Recursais dos Juizados Estaduais do Rio de Janeiro, que demonstram as expressões mais regulares que apareceram nas ementas, e que indicam um uso totalmente disperso entre os fatos que ensejaram o dano e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Estas categorias, inclusive, tornam-se palavras mágicas, manejadas ao vento, e que, de tão abstratas, servem e são usadas, indistintamente, para manter, reduzir ou majorar os pedidos indenizatórios. Apenas invocando-as, os julgadores as tratam como justificativas a um entendimento implícito e inacessível no conteúdo da decisão. Eis alguns exemplos que apareceram com recorrência nas decisões analisadas e que, de tão descolados das peculiaridades do caso concreto, têm um formato que se adéqua a qualquer situação:

No que tange ao valor dos danos morais, os mesmos devem ser fixados com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu no presente caso, razão pela qual reduzo o quantum indenizatório.

O dano moral existe in re ipsa, decorrente do próprio fato danoso, de modo que, comprovado o fato ofensivo, provado está o dano extrapatrimonial. Dessa forma, merece reforma a sentença para majorar o quantum fixado a título de danos morais ao patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a fim de compensar o autor, privado de serviço essencial. O valor fixado é mais

adequado e não se revela excessivo, encontrando-se em sintonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se a extensão do dano a ser compensado e os parâmetros adotados pela jurisprudência.

A autora comprova que buscou solucionar a questão pela via administrativa, sem lograr êxito. In caso se verifica ter havido a privação do fornecimento essencial e, portanto, é devida a compensação por danos morais. A sua fixação, contudo, deve ser feita com observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Razoável é quantum a ser fixado em R\$ 1.000,00

Quanto aos danos morais, tem-se que o valor arbitrado está em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Dano moral caracterizado, seja pela morosidade exagerada da entrega do produto, seja pelos sentimentos de frustração da expectativa do recorrente. Entendo que o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), concretiza os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Observando-se as peculiaridades do caso, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, reduzo o valor da conversão em perdas e danos para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Conclusão: fundamentos que não fundamentam

A confusão e a indistinção feita pela jurisprudência entre os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade e mesmo o tratamento conferido a estes postulados como se fossem princípios sinônimos abre margem para que a fixação do valor das indenizações por danos morais seja feita segundo critérios subjetivos de cada julgador.

As categorias razoabilidade e proporcionalidade são usadas para fundamentar decisões judiciais sem que, no entanto, dialoguem com os casos concretos, logo, fundamentam aparentemente, sem fundamentar concretamente.

Os conceitos são usados em abstrato, sem indicar a correspondência do conceito com a realidade dos fatos tratados na demanda.

Nota-se pela análise da doutrina civilista que por vezes o tema não ganha nos manuais a devida atenção. Os autores apenas contentam-se em reproduzir a necessária observância ao que, em sua maioria denominam de “princípios” da razoabilidade e proporcionalidade.

A adoção destes critérios ou sub-regras nas razões da decisão que fixa a indenização por danos morais, em nossa concepção, traria maior estabilidade, igualdade e, conseqüentemente, maior segurança jurídica na aplicação do direito, afastando eventual subjetivismo da referida decisão.

Esta questão certamente não resolveria de todo a problemática sobre a fixação dos valores das indenizações, se tais quantias se demonstram extremamente elevadas ou excessivamente baixas, mas ao menos traria critérios concretos e mais objetivos à fundamentação das decisões pautadas na proporcionalidade, o que para além de limitar eventual atuação arbitrária do magistrado, facilitaria a insurgência à decisão pela parte inconformada.

No caso, analisamos decisões judiciais proferidas no âmbito de Turmas Recursais, no ano de 2017, que se valeram das categorias proporcionalidade e razoabilidade de modo tão abstrato e descolado das situações concretas, que os critérios que serviriam de baliza, efetivamente, se mostraram apenas como palavras sem significado, e indistintas, operacionalizadas pelos magistrados como argumentos de justificativa de suas implícitas subjetividades. Para manter, majorar ou reduzir os danos morais, a proporcionalidade e a razoabilidade são operacionalizadas indistintamente e aparecem esvaziadas de significado, servindo mais como argumento de autoridade do julgador do que propriamente como critérios racionais de orientação de uma decisão judicial pautada no dever de fundamentação.

Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Ed. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1, 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2013.

FERREIRA NETO, Manoel Aureliano. *A Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas relações de consumo*. 1. ed. São Paulo: Fiuza, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2012.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2013a.

_____. Uma análise empírica sobre os reflexos da hermenêutica jurídica e da técnica da ponderação de princípios no exercício da jurisdição. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 5, n. 2, p. 22-46, 2013b.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Juizados Especiais Cíveis e as garantias do processo justo. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 24, p. 59-74, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. São Paulo: 1^a. ed. Forum, 2016.

ROBERTO, Karina; SILVA, Nelson Finotti. *A regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2^o quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12^a. ed. Porto Alegre: Revista do advogado editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas, in _____ et al. *Juizados Especiais de Pequenas Causas* (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.