

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 - UNIVEM – 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

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Cláudia Franco Corrêa; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-071-8

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

As contínuas metamorfoses sócio-econômicas e culturais que a contemporaneidade impõe às pessoas exige a ininterrupta atenção do intérprete do sistema jurídico, na busca de aperfeiçoamento das soluções possíveis diante das inquietações advindas das relações familiares, obrigacionais e nos problemas urbanos e agrários envolvendo a posse e a propriedade. Por isso, é indispensável o repensar crítico das relações privadas, ainda mais impactadas por fenômenos inevitáveis, como os decorrentes dos efeitos da pandemia, com forte repercussão sobre o aspecto econômico e a efetividade da função social dos institutos jurídicos. A presente obra contempla, além dos grandes temas mencionados, a análise da tutela dos direitos da personalidade e os efeitos da sociedade da informação traz sobre as relações civis, fruto da evolução da evolução tecnológica a que chegamos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRITÉRIOS ILEGÍTIMOS PARA FIXAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

ILLEGITIMATE CRITERIA FOR FIXING EXTRAPATRIMONIAL DAMAGES

Rafael Kenji Freiberger Nagashima ¹

Resumo

Dentro do sistema de responsabilidade civil não há um consenso sobre os critérios adequados para fixação dos danos extrapatrimoniais, havendo divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O presente trabalho, por meio do método dedutivo, primeiro, discorrerá sobre as principais correntes que buscam definir os danos imateriais, para, ao final, demonstrar que o arbitramento da indenização pela ótica do ofensor, como, por exemplo, pela análise do seu grau da culpa, da intensidade do dolo, ou ainda a justificativa de um caráter punitivo, se contrapõem ao princípio da restituição integral e são ilegítimos dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial, Princípio da restituição integral, Corrente objetiva, Corrente subjetiva, Critério de arbitramento

Abstract/Resumen/Résumé

Inside the civil liability system, there is no consensus on the appropriate criteria for fixing off-balance sheet damages, with divergences in both doctrine and jurisprudence. The present work, by means of the deductive method, will first discuss the main currents that seek to define immaterial damages, in order, at the end, to demonstrate that the compensation from the perspective of the offender, as, for example, by analyzing its degree guilt, intent, or justification of a punitive character, are opposed to the principle of full restitution and are illegitimate into the national legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Immaterial damage, Principle of full restitution, Objective current, Subjective current, Arbitration criterion

¹ Mestrando do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, Pós-graduado em Direito do Trabalho pelo IDCC e em Direito Médico pela Verbo Educacional. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O tema dos danos extrapatrimoniais no âmbito da responsabilidade civil permanece controvertido no Direito contemporâneo, mesmo passados mais de 17 anos de vigência do Código Civil de 2002. A Constituição Federal de 1988 pacificou o debate quanto ao seu cabimento no ordenamento jurídico, apesar disto, não há consenso sobre suas hipóteses de configuração, bem como quanto aos critérios adequados para arbitramento.

Eventos recentes reascenderam a discussão sobre a matéria. Em 2017, a chamada “reforma trabalhista” introduziu pela primeira vez no ordenamento jurídico a repudiada tarifação dos danos não patrimoniais, assentando no art. 223-G da CLT que as indenizações seriam calculadas em conformidade com o salário de cada vítima. O desastre no rompimento da barragem de Brumadinho elevou ainda mais a polêmica, pois uma mesma ofensa poderia ensejar diferentes patamares de indenizações, em razão das mesmas circunstâncias fáticas, variando conforme o tamanho do contracheque de cada trabalhador e limitada a 50 vezes o seu salário.

Como bem se sabe, a composição da indenização por danos não patrimoniais não admite aferição matemática e, até mesmo por isso, acentua a divergência sobre os valores compõem a sua “base de cálculo”.

Para preencher esta lacuna, tanto a doutrina como a jurisprudência se enveredaram em propor critérios diversos a serem utilizados para o arbítrio da indenização, sendo que alguns destes consideram que deve se levar em conta os aspectos do ofensor no evento, como, por exemplo, o seu poder econômico.

Por outro lado, o sistema de responsabilidade civil brasileiro incorporou o princípio da reparação integral, que descarta da análise do dano provocado pelo viés do lesante e, segundo o qual, a reparação da ofensa deve ser ampla e abranger efetivamente a totalidade dos prejuízos provocados.

Com base neste contexto, este trabalho propõe um estudo, por meio do método dedutivo, acerca da validade dos fundamentos que devem compor o valor do dano extrapatrimonial, em especial sobre o uso de elementos que colidem com a teoria da reparação integral.

Para tanto, será necessário, primeiro, aprofundar o conhecimento sobre o que caracteriza o dano extrapatrimonial atualmente, sendo oportuno, neste sentido, uma breve discussão entre as duas principais correntes sobre o tema: a objetiva e a subjetiva.

No segundo momento, já assentada a melhor concepção sobre os danos imateriais, passa-se então a investigar na doutrina quais são os principais critérios indicados para o arbitramento da indenização, a fim de identificar sua adequação ao sistema de responsabilidade civil.

Ao final, depois de um debate sobre os principais pontos de vista sobre o tema, busca-se então demonstrar se há ou não um conflito no uso de atributos para fixação do dano pela ótica quem provocou o dano, como o seu grau de culpa ou intensidade do dolo e sua congruência ou não com o princípio da restituição integral.

2 REFLEXÕES SOBRE UM CONCEITO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL. A CORRENTE OBJETIVA E A CORRENTE SUBJETIVA

A compensação pelos danos provocados por ofensas não patrimoniais, embora já produzisse efeitos no plano jurídico antes mesmo de 1988, se consolidou no sistema normativo brasileiro com a Constituição Federal, assentada expressamente no seu art. 5º, incisos V e X, sob a alcunha de “dano moral”.

Mesmo antes, muitos autores já defendiam o seu cabimento, ainda que pelo argumento de uma leitura mais extensiva do artigo 159 e 1.553 do Código Civil de 1916 (AZEVEDO, 1999, p. 240). E, não obstante sua terminologia, há muito tempo que a doutrina enxerga o dano moral como uma das diversas espécies do gênero danos extrapatrimoniais, como, entre outros, o dano biológico, o dano estético, o dano decorrente da perda da chance e o dano moral coletivo, que possuem características que lhe são peculiares:

Os danos morais podem ser das mais variadas espécies. Os principais citados pela doutrina, são os que trazem prejuízo: à reputação, à integridade física, como o dano estético, ao direito moral do autor, ao direito de uma pessoa ao nome, às convicções de alguém, às pessoas que a vítima do dano tem afeto, como por exemplo a morte de um filho, à integridade da inteligência, à segurança e tranquilidade, à honra, ao cônjuge por aquele que ocasionou o divórcio, à liberdade, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, ao crédito, etc MAGALHÃES (1980, p. 05).

Com o tempo, parte da doutrina passou a evitar a expressão mais restritiva: “danos morais” e concebê-la em um caráter mais amplo, reclassificando-o pelos títulos de danos não patrimoniais, danos extrapatrimoniais, ou ainda, danos imateriais, na

medida que a apropriação destas terminologias melhor se amoldam ao sentido preconizado pelo instituto da indenização dos danos à personalidade (REIS, 2010, p. 14).

A compreensão desta matéria não é pacífica e se encontra dividida em duas principais correntes, uma subjetiva e uma objetiva. A primeira, majoritariamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual o dano moral restaria conformado: “a partir da constatação de sofrimento mais acentuado, levando-se em consideração a dor psicológica sofrida pelo indivíduo”. A corrente objetiva, por outro turno, diametralmente oposta, refere que sua configuração surge: “a partir da lesão a direito da personalidade, independentemente do impacto que tenha causado nos sentimentos da vítima” (TEPEDINO, 2020, p. 40-42).

Neste sentido, o STJ, para atribuir uma indenização por danos não patrimoniais, considera a percepção de: “uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável por sua gravidade” como, por exemplo, foi no julgamento do Agravo Interno de Recurso Especial 1637120/RO em 30 de abril de 2019.

Ainda a título de exemplo, a transcrição da ementa da decisão de Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1556253/RJ, em 19 de dezembro de 2019, onde é destacado pelo Tribunal Superior a imprescindibilidade de ver constatado o “sofrimento psicológico” para ensejar o direito à sua reparação:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE EXAME LABORATORIAL - ERRO NO RESULTADO DE EXAME PARASITOLÓGICO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - AGRAVO DESPROVIDO - 1- A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o simples inadimplemento contratual, em regra, não configura dano moral indenizável, devendo haver consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico, o que não ocorreu no caso concreto. 2- Na hipótese, o Tribunal de origem observou que, embora caracterizada a falha na prestação do serviço laboratorial, em razão da inconsistência no resultado de exame parasitológico, a paciente menor não tomou nenhuma medicação e a comunicação entre a genitora e a médica responsável, ao tratar do assunto, ocorreu em clima de tranquilidade. 3- Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AGInt-AG-REsp 1556253/RJ - 4ª T. - Rel. Min. Raul Araújo - DJe 19.12.2019)

Se admitida esta característica, contudo, não seria possível, por exemplo, atribuir compensação por danos não patrimoniais provocados em face da pessoa jurídica, ou em face do incapaz que não tenha discernimento sobre a realidade dos eventos ao seu redor;

ou ainda à coletividade, na medida em que os interesses difusos também não possuem capacidade de expressar sentimentos.

Assim, utilizar o sentimento humano, como a “dor”, a “emoção”, a “vergonha”, ou outra sensação negativa experimentada pela pessoa não define adequadamente o sentido do dano extrapatrimonial. Ao fazê-lo confunde-se o dano com a sua eventual consequência, não cabendo ao Direito averiguar a violação da situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta ou não um sentimento ruim (MORAES, 2017, p.131).

Neste sentido, decisões judiciais que adotam a corrente subjetiva são consistentemente combatidas pelos adeptos desta doutrina, que efetivamente se mostra mais adequada, pois, independentemente da repercussão psíquica do dano, garante-se, com isso, a tutela e reparação mais ampla das violações a bens existenciais (TEPEDINO, 2020, p. 43). Ainda neste sentido, o Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que fixou que: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Vale ressaltar ainda que o próprio STJ, contraditoriamente às decisões referenciadas acima, em 2015, reformou a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que rejeitou o pedido de indenização formulado pelo curador de um absolutamente incapaz, ao argumento de que: “o autor não sofreu qualquer dano moral, até porque não se tem notícia de que tenha tido ciência dos saques em sua conta e do alcance do prejuízo financeiro, diante de sua diagnosticada demência”. No julgamento do Recurso Especial nº 1.245.550-MG, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão fundamentou as razões de reforma no argumento que:

em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.

Assim, embora Tepedino (2020, p. 41) tenha afirmado que o STJ adote a teoria subjetiva, o que se observa que é este Tribunal não se mostra atrelado necessariamente a um entendimento único, curiosamente transitando nas suas decisões entre as duas correntes abordadas, ainda que estas sejam antagônicas entre si, o que contribui para gerar instabilidade na compreensão desta figura jurídica.

Ao aprofundar no estudo da corrente objetiva, esta enxerga na configuração do dano extrapatrimonial uma ofensa a um dos atributos da personalidade, o que é defendido por diversos autores, como, por exemplo, Maria Helena Diniz (2019, p. 111). No entanto, quem melhor clareou a matéria foi Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 132), que criteriosamente conceituou este fenômeno como uma “injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegido pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal”.

Para melhor compreender a definição proposta pela autora, dois apontamentos se mostram relevantes. O primeiro, é que a professora não se referiu a injusta violação de “um direito”, mas sim de uma “situação jurídica subjetiva extrapatrimonial”, conceito muito mais amplo, inspirada em Pietro Perlingieri (2002, p. 121-122), segundo o qual a tutela não se resume no direito subjetivo, mas sim em um interesse juridicamente tutelado. Nesta senda, mesmo que inexistisse uma norma específica de proteção a um determinado interesse, este ainda poderia ser objeto de tutela, desde que fundado como interesse legítimo e protegido pelos princípios que regem a Constituição Federal.

O segundo apontamento diz respeito à compreensão de que a personalidade não constitui “um direito”, sendo um erro dizer que a pessoa tem direito à personalidade. Na verdade, da personalidade que se irradiam direitos, podendo assim ser qualificada como “ponto de apoio de todos os direitos e obrigações. Neste sentido, o ordenamento jurídico cuidou de tutelar a existência de faculdades que são atribuídas ao ser humano, reservando à própria Constituição Federal estabelecer um conteúdo mínimo (mas não *numerus clausus*) de direitos, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurada indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (PEREIRA, 2017, p. 202)

No entender de Rabindranath Capelo de Sousa (1995, p. 93), a personalidade humana trata-se de uma “cláusula geral”, juridicamente tutelada, e, segundo Flávio Tartuce (2017, p. 113), consiste na soma de aptidões da pessoa natural que se espargia tanto no plano corpóreo quanto no social.

Pode ser referida ainda como um “núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem” (SCHREIBER, 2013, p. 05). Ou, em uma concepção mais densa:

personalidade humana é valor, um valor unitário e tendencialmente sem limitações. Assim, não se poderá, com efeito, negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial (MORAES, 2017, p. 127).

Estas considerações são significativamente relevantes para compreensão do tema e conferem melhor precisão na formação de um conceito válido. Assim, em resumo, um olhar sobre estas duas correntes que se opõem na doutrina e na jurisprudência, a teoria objetiva contribui melhor para a epistemologia jurídica e não confunde a causa com os eventuais efeitos do dano imaterial, conferindo ao Direito maior estabilidade às relações jurídicas e garantindo melhor eficácia na tutela da pessoa humana.

2 A LEGISLAÇÃO E OS CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Identificada a melhor leitura sobre o dano extrapatrimonial e rejeitada a ideia de que sua configuração exige a experimentação de efeitos negativos, volta-se agora ao estudo da sua regulamentação dentro do ordenamento jurídico, para investigar uma das matérias mais tortuosas debatidas sobre o tema, que diz respeito aos seus critérios de arbitramento.

O Código Civil de 2002 ao dispor sobre o assunto, definiu no seu art. 186 que incorre em ato ilícito aquele que provoca danos ilegítimos a outrem, ainda que exclusivamente moral. O art. 927 estabeleceu a obrigação do ofensor de reparar o dano ilegítimo. Finalmente, o art. 944 fixou o critério para o arbitramento da indenização, conforme a extensão do dano provocado.

O legislador não distinguiu nestes dispositivos, que compõem a “espinha dorsal” da responsabilidade civil, um critério próprio para o dano patrimonial e outro para o arbitramento do extrapatrimonial, ainda que alguns autores defendam que o parágrafo único do art. 944 se aplica exclusivamente aos danos imateriais, como, por exemplo, Rui Stocco (2004, p. 1.188).

Esta interpretação, no entanto, não convence, pois, admitir uma reparação parcial dos danos imateriais afronta princípios jurídicos constitucionais, entre eles o da proteção da dignidade humana (art. 1º, inciso, III da CF/88), como melhor será demonstrado adiante.

Antes, vale ressaltar no tocante à reparação dos danos patrimoniais, que estes não ensejam grandes dúvidas doutrinárias, pois consistem na mera restituição da “diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso”, a chamada Teoria da Diferença “converteu o dano numa dimensão matemática e, portanto, objetiva e facilmente calculável” (MORAES, 2017, p. 143).

Já no que concerne os danos não patrimoniais, a impossibilidade de adoção de parâmetros matemáticos somada à interpretação inadequada do CC/2002, especialmente do seu art. 944, levou a doutrina e a jurisprudência a desenvolver seus próprios critérios de aferição de danos, inclusive, contrários ao próprio ordenamento jurídicos.

Neste sentido, por exemplo, Maria Helena Diniz (2019, p. 122-124) elenca uma série do que chama de “regras” para avaliação do dano, seriam elas: a) evitar indenização simbólica e o enriquecimento sem causa; b) não aceitar tarificação; c) diferenciar o montante indenizatório segundo o grau de culpa do lesante; d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo; e) atentar às peculiaridades do caso e o caráter antissocial da conduta; f) averiguar os benefícios obtidos pelo lesando com o ilícito e também sua situação econômica; g) apurar o valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessantes, a fim de averiguar a perda de uma chance; h) levar em conta o contexto econômico do país; i) verificar o nível cultural e a intensidade do dolo ou o grau de culpa; j) basear-se em prova firme e convincente do dano; k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano e a intensidade do seu sofrimento; m) demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena.

Muitos dos elementos deste extenso rol são reproduzidos à exaustão nas obras de outros doutrinadores, como pode ser observado, por exemplo, por Antônio Jeová Santos (2003, p. 128) ou Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 116) e ainda são hodiernamente verificados em arestos jurisprudenciais, como parâmetros para fixação da indenização., Anderson Schreiber (2020, p. 655) ao compelir o assunto refere que se destacam na doutrina e na jurisprudência os seguintes critérios: a) a gravidade do dano, b) a gravidade da culpa, c) a capacidade econômica do ofensor, e d) a capacidade econômica do ofendido.

Algumas destas “regras” propostas, no entanto, são incompatíveis com o tecido normativo brasileiro, como passa-se a demonstrar pormenorizadamente abaixo. Antes disto, como se argumentou, este trabalho não se propõe a apresentar hipóteses válidas para fixação da indenização, o que exigiria uma obra de folego, mas sim, refutar àqueles

que são manifestadamente ilegítimos e, não obstante, frequentemente verificados no meio jurídico.

No entanto, para não incorrer em absoluta incúria sobre parte dos aspectos mencionados acima, divide-se este tópico em dois subtópicos, o primeiro, para sucintamente discorrer sobre pontos indicados pelos autores citados em que não se opõem objeção e o segundo para efetivamente desacreditar critérios ilegítimos atribuídos a aferição da indenização do dano.

2.1 DOS CRITÉRIOS LEGÍTIMOS À VALORAÇÃO DOS DANOS.

Não há nenhuma objeção de que seja evitado o arbitramento de uma indenização simbólica, o enriquecimento sem causa e a não tarifação do dano extrapatrimonial. A vedação ao enriquecimento sem causa se coaduna com um dos princípios basilares do tecido normativo nacional, proibido expressamente pelo artigo 884 do CC/2002: “pensamento segundo o qual é inadmissível o reconhecimento de acréscimo patrimonial às custas de outrem, sem um fato jurídico a justificá-lo é revelado pela vedação ao enriquecimento sem causa” (PEREIRA, 2017, p. 285). Já o arbitramento de valor simbólico violaria a redação do *caput* do artigo 944 e o princípio da restituição integral.

A tarifação do dano, como há muito sedimentado pela doutrina, constitui ofensa ao princípio da isonomia previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido, inclusive, o Enunciado n.º 550 da IV Jornada de Direito Civil de 2013: “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos” e a súmula n.º 281 do STJ: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Neste aspecto, toda tentativa de tabelamento do dano extrapatrimonial não passou imune às críticas da doutrina, mesmo porque, o dano moral inerente à violação da personalidade jurídica da pessoa humana evidencia “a necessidade de individualizar, avaliando *in concreto*, o acto de qualificação de uma dada lesão orgânica ou funcional como uma incapacidade permanente” (DIAS, 2004, p. 257, *apud* TEPEDINO, 2020, p. 44).

Não se ignora que vigora atualmente na legislação ordinária o §1º do art. 223-G da CLT, que foi inserido no ordenamento jurídico com a Lei 13.467/2017 e fixou como parâmetro de liquidação do dano imaterial, múltiplos do valor do salário do ofendido. Significa dizer que, em função de ofensas idênticas, os lesados poderiam ser beneficiados

por indenizações iníquas, a depender do tamanho do seu contracheque, em contraposição a princípio constitucional da isonomia (SILVA, 2019, p. 105).

Efetivamente o dispositivo da legislação trabalhista já é objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pela Associação dos Magistrados do Trabalho (Anamatra) n.º 5870¹, como também pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ADI n.º 6069, que argumentam sua ofensa aos princípios da isonomia, da independência funcional dos magistrados, da proteção ao trabalho e da dignidade humana.

Adiante, pode-se concordar que para o arbitramento da indenização deve ser verificada a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas que lhe envolvem, atentar às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva, analisar a pessoa do lesado, a intensidade dos efeitos psicológicos provocados e ainda basear-se em prova firme e convincente do dano, sendo este último não uma exclusividade dos danos imateriais, como também aplicável aos danos patrimoniais.

A melhor doutrina concorda que estas circunstâncias efetivamente devem ser medidas para o arbitramento da indenização. Isto porque uma das características dos danos morais é justamente o seu caráter personalíssimo. Ou seja, cada lesão provoca uma reação peculiar, que resulta da individualidade da vítima, de suas características pessoais e do contexto em que está inserida. É o caso, por exemplo, de um pianista que tem um dedo amputado em um acidente quando comparada a mesma ofensa com um motorista de táxi. Ambos sofreram a mesma lesão à sua integridade física, mas o pianista, além da ofensa corporal, deixa de se desenvolver e se realizar integralmente como pessoa. Desta feita é que não se admite que as lesões produzem consequências que não podem ser estendidas ou generalizadas (TEPEDINO, 2020, p. 44).

Neste sentido, as circunstâncias e características individuais de cada ofendido, bem como seus efeitos, como a repercussão pública e a intensidade da afetação psicológica poderão ser avaliados para a quantificação do dano. Mesmo porque, como se viu na hipótese do pianista, o mesmo evento poderá repercutir em diferentes aspectos da personalidade com diferentes níveis de sensibilidade.

2.2 DOS CRITÉRIOS ILEGÍTIMOS PARA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

¹ A íntegra poderá ser consultada em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335465>>. Acesso em 18/03/2020.

Finalmente, o ponto nevrálgico ao qual se propôs o presente estudo, como aventado, se dessume nos critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência na fixação dos danos não patrimoniais, em arrepio ao princípio da restituição integral que rege o sistema de responsabilidade civil brasileiro.

Neste sentido, desde logo pode ser verificado o Enunciado n.º 458 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que dispõe que “O grau de culpa do ofensor ou a sua eventual conduta intencional deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral”.

Na doutrina, no mesmo sentido, muitos autores defendem que esta espécie de indenização pode compor um misto de pena e compensação (AMARAL, 2016, p. 544), sendo que a indenização punitiva poderá ser observada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 117).

No entanto, esta compreensão não apenas não atende ao que dispõe o CC/2002, como também à Constituição Federal de 1988 que enalteceu a função reparatória como papel central da reparação civil na proteção da vítima, ao estabelecer a dignidade humana (art. 1º, III) como fundamento da República Federativa do Brasil e a consagração do princípio da solidariedade social (art. 3º, I), deslocando o foco da responsabilidade civil do agente causador do dano para a reparação dos danos percebidos pela vítima e não à repressão de condutas negligentes (TEPEDINO, 2020, p. 02).

Neste mesmo sentido, afronta o sistema normativo o arbitramento da compensação por danos extrapatrimoniais segundo critérios que levam em conta a capacidade econômica e o grau de culpa do lesante, a intensidade do dolo e a tentativa de imputar um caráter punitivo (também chamado de pedagógico ou preventivo) ao ofensor.

Como já se argumentou, o art. 944 do CC/2002 não distinguiu o parâmetro de arbitramento dos danos patrimoniais dos danos não patrimoniais e ambos serão mensurados por sua extensão, “não se atendo, na sua quantificação, ao grau de culpa do agente, mas somente ao vulto efetivo dos prejuízos” (PEREIRA, 2017, p. 330).

Em convergência, Gustavo Tepedino (2020, p. 45) repudia a consideração da dimensão culpa, na medida em que: “contraria o princípio da reparação integral da vítima (art. 944, *caput*, do Código Civil) e atribui o caráter punitivo ao sistema de responsabilidade civil, o que deve ser afastado”.

Destarte, como se argumentou, caberá ao agente sempre indenizar toda a extensão do dano, com absoluta independência do grau de culpa, mesmo sendo a culpa levíssima e o dano gravíssimo. Até porque, na ordem legislativa, a irrelevância do grau

de culpa segue uma ordem lógica. Ou se indeniza todo o dano, e o grau de culpa não é levado em consideração, ou se mede a conduta, e, a depender da intensidade da culpa, autoriza-se uma indenização menor do que a necessária para reparação (MORAES, 2017, p. 296-297).

O repúdio ao grau de culpa pode ser facilmente ilustrado. Tenha-se, por exemplo, a seguinte situação: um motorista que sofre um mal súbito no trânsito, um ataque cardíaco, perdendo controle do seu carro e acaba por colidir contra outro veículo provocando estes danos de ordem material. Ainda que mínimo o grau de culpa do lesante, este cenário não teria o condão de isentá-lo do dever de reparar a integralidade dos danos causados pelo acidente.

Um outro exemplo ainda pode ser citado, um pequeno industrialista possui uma máquina que exige que sejam feitas manutenções periódicas anuais. Depois de 10 anos a fio atendendo rigorosamente as recomendações do fabricante, no dia do 11º ano em que levaria o maquinário para revisão, o empregador responsável adoece e é levado às pressas para o hospital. No dia imediatamente seguinte, seu empregado desavisado sofre um acidente de trabalho e vem a perder parte do seu braço direito ao utilizar a máquina. Considerando a culpa mínima do empregador neste caso, ele poderia, por exemplo, ser compelido ao pagamento parcial das despesas médicas havidas pelo empregado neste evento? Não há dúvidas que não. Assim a responsabilidade, integral aos danos materiais, também o é em relação aos não patrimoniais.

A conclusão, portanto, é que assim como o dano patrimonial, o dano extrapatrimonial a ser arbitrado não pode considerar o grau de culpa do lesante ou mesmo a intensidade do seu dolo, nem para atenuar a indenização, nem tampouco para exceder o valor compensatório a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa. Em arremate:

Assim, não é possível majorar o valor de um dano com o fito de demonstrar a reprovação intensa à conduta do agente, por mais intencional que esta tenha sido, eis que isso contrariaria não só o caput do art. 944, CC, mas o próprio direito fundamental à propriedade privada (art. 5º, XXII, CF/88), já que se estaria privando o responsável civilmente de uma parcela maior de seus bens, ensejando, inclusive, o enriquecimento indevido do prejudicado (PEREIRA, 2017, p. 330).

Não se admite função outra ao valor da indenização arbitrada, senão ao de compensação da ofensa sofrida, se restringindo, nestes termos, ao caráter compensatório e vedada a função punitiva, ainda que a posição hoje predominante pareça sinalar o

contrário, ao argumento de conferir não apenas uma satisfação ao lesado, mas ainda uma resposta ao lesante, como um desestímulo à conduta causadora do dano (TEIXEIRA NETO, 2014, p. 211).

Na avaliação de Bodin de Moraes (2017, p. 260), o caráter punitivo na responsabilidade civil, não apenas não encontra amparo no tecido normativo brasileiro, como também se mostra incompatível com este, por ensejar o injustificável *bis in idem*. No mesmo sentido esclarece Anderson Schreiber (2013, p. 20)

O uso de critérios punitivos no cálculo da indenização por dano moral gera diversas inconsistências e equívocos. Em primeiro lugar, implica frontal violação à letra da lei, segundo a qual “a indenização mede-se pela extensão do dano” (Código Civil, art. 944). Desvia-se, ainda, de diversos princípios fundamentais do ordenamento brasileiro, por atribuir ao juiz a possibilidade de estipular e aplicar uma pena sem prévia cominação legal. Pior: a pena é aplicada em um processo civil, sem as garantias próprias do processo penal. Além disso, não parece haver qualquer justificativa para atribuir à vítima esse valor adicional, cuja função é tão somente punir o causador do dano (SCHREIBER, 2013, p. 20)

Ou seja, utilizar como critério ao arbitramento do dano extrapatrimonial a intenção de punir o ofensor, instituto de origem na *Common Law*, mesmo que sob o argumento da prevenção ou da imputação de um conteúdo pedagógico ao lesante extrapolaria os limites do princípio da reparação integral. A propósito:

Ora, a imposição de *punitive damages*, seja com propósito de punir o demandado (*punishment*), seja de prevenir atos semelhantes (*deterrence*), ensejaria uma indenização muito superior à extensão dos danos sofridos pela parte demandante, que não se mostra compatível com o princípio da reparação integral expressamente acolhido pelo art. 944, *caput*, em nosso sistema de responsabilidade civil (SANSEVERINO, 2010, p. 272-273, *apud* LACERDA (2017, p. 138).

Uma exceção, no entanto, pode ser ressalvada. Muitos autores defendem, com razão, a transcendência do caráter compensatório quando se trata de danos morais provocados contra a coletividade. Aqui, há de se ressaltar, primeiro, que a matéria é disciplinada originalmente pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985). Segundo que, não se admite no ordenamento jurídico constitucional, que alguém obtenha lucro na prática de alguma atividade ilícita, como nas hipóteses em que a ofensa é provocada pela negligência durante a exploração de uma atividade empresarial, por exemplo, no caso do

incêndio no Porto de Santos em 2015 provocado pela empresa Ultracargo². Neste sentido, convergem os doutrinadores Teixeira Neto (2014, p. 239) e Nelson Rosenvald (2018, p. 125).

Mesmo para Bodin de Moraes (2017, p. 263), que, conforme já argumentado, rejeita a ideia da transcendência do instituto compensatório na quantificação da indenização por danos imateriais, igualmente admite a possibilidade de um caráter punitivo nas situações causadoras de lesões nos direitos difusos, como nas relações de consumo e no Direito Ambiental, justamente ao argumento de que, nestes casos, a *ratio* será a função preventivo-precautória, características às dimensões do universo a ser protegido.

A objeção ao caráter da função punitiva dos danos extrapatrimoniais fica restrita, portanto, em relação à espécie dos danos morais coletivos. A sua natureza autônoma, aliás, já restou inclusive reconhecida o STJ, que na edição n.º 125 da Jurisprudência de Teses firmou entendimento no sentido de que: “O dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*, é categoria autônoma de dano relacionado à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade³”.

Por fim, retornando aos critérios de arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais, convém como último argumento, reforçar como o uso do grau de culpa na fixação da indenização mostra-se incompatível com a responsabilidade objetiva prevista no art. 927 do CC/2002.

Pela teoria do risco não se analisa a presença de dolo ou culpa, apenas o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Assim, haveria ainda uma injustificável incongruência entre a avaliação do grau de culpa e, por consectário lógico, função punitiva e o sistema da responsabilidade objetiva (LACERDA, 2017, p. 144).

Não se olvida a dificuldade em estabelecer com precisão quem sofreu mais ou menos em função de uma ofensa a uma situação jurídica extrapatrimonial. Nem que esta esfera não pode ser aferida matematicamente, sendo impossível estabelecer parâmetros ou padrões absolutos fixação da indenização. Da mesma forma, a lesão extrapatrimonial

² Segundo o Ministério Público Federal (MPF), no incêndio em uma das subsidiárias da empresa Ultracargo, no terminal de Santos – SP: “os efluentes do combate ao incêndio provocaram a mortandade de mais de 9 (nove) toneladas de peixes, destruição significativa da flora em razão do calor irradiado pelo incêndio, impacto à vegetação, poluentes atmosféricos, além de serem identificadas 142 (cento e quarenta e duas) espécies de peixes afetadas, dentre essas, 15(quinze) são de espécies ameaçadas”. A íntegra da denúncia oferecida pelo MPF pode ser consultada em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/santos_denuncia_ultracargo.pdf>. Acesso em 15/03/2020.

³ As Jurisprudências em Teses são disponibilizadas no sítio eletrônico do STJ em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em:18/03/2020.

não permitirá o reestabelecimento do *status quo ante* do ofendido, razão pela qual não há como precisar a extensão da ofensa a personalidade. Não obstante, a impossibilidade matemática da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo (REIS, 2010, p. 97).

Cabe assim aos operadores de direito, interpretar o parágrafo único do art. 944 do CC/2002 em consonância com o seu *caput*, que se mostra adequado apenas quando da culpa concorrente da vítima e não do ofensor no evento, assim como está disciplinado no art. 945. Conferir tratamento diferenciado, com menor tutela em relação ao patrimônio, não apenas ofende o sistema legislativo, como ainda afronta os princípios fundantes da Constituição Federal.

Vale ressaltar, neste sentido, a avaliação de Luiz Edson Fachin, no sentido de que: “a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico” (FACHIN, 2001, p. 51, *apud* STOCO, 2004, P. 1666).

Em desfecho, pelos elementos que se extrai do sistema normativo brasileiro, em especial, pela sua adoção do princípio da reparação integral, não se admite que critérios ilegítimos sejam adotados para fixação da indenização por danos extrapatrimoniais. A capacidade econômica do ofensor, o grau de culpa, a função punitiva, ou ainda outros argumentos similares, todos estes afrontam o ordenamento jurídico.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo das propostas debatidas no presente artigo, demonstrou-se que embora o sistema normativo tenha adotado a terminologia “dano moral”, mostra-se mais adequado seu uso como uma das variadas espécies de danos não patrimoniais, que, por sua vez, podem apresentar características e efeitos que lhe são peculiares.

No debate sobre as duas correntes que procuram definir os danos extrapatrimoniais, identifica-se como mais adequada a teoria objetiva, sendo que o próprio STJ, em determinadas ocasiões já confluiu com o entendimento doutrinário e assentou a prescindibilidade da observação de sentimentos negativos na avaliação do cabimento da indenização por danos imateriais, conferindo assim maior concretude na tutela da cláusula geral de proteção da pessoa humana.

Finalmente, no que diz respeito aos seus critérios de arbitramento, observou-se como regra geral, há uma incorreção por parte da doutrina e da jurisprudência em valorar

elementos como o grau de culpa, o caráter punitivo, o patrimônio do ofensor, entre outros fundamentos que são incompatíveis com o princípio da restituição integral.

São critérios ilegítimos, ou seja, afrontam o ordenamento jurídico como um todo, inclusive no plano constitucional, por ofensa aos princípios da dignidade humana, da isonomia, da legalidade e da propriedade privada, este último, no caso de conferir conteúdo punitivo ao dano extrapatrimonial.

Outrossim, do melhor estudo do parágrafo único do art. 944 do CC/2002, não se admite ao dano extrapatrimonial, como não se admite ao dano material, a redução ou ampliação em função do grau de culpa ou intensidade do dolo do lesante. Ou seja, em caso de culpa exclusiva do ofensor, não há que se falar, como se viu, na reparação proporcional do valor dos danos materiais provocados, assim como não há que se falar na compensação parcial dos danos não patrimoniais.

Por fim, como se assentou, na medida em que o sistema legislativo pátrio não distinguiu, dentro do instituto da responsabilidade civil, diferenças em relação a forma de apuração dos danos materiais, a irrefutável impossibilidade da apuração aritmética do valor do valor da indenização não pode obstaculizar a indenização em favor da vítima e deve ser interpretada em seu favor, dentro do limite da extensão do dano provocado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Vilhaça. **Teoria Geral das Obrigações**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno. Recurso especial. Ação indenizatória. Compra e venda. Atraso na entrega de imóvel em construção. Dano moral.

Incidência da súmula n. 7/STJ. **AgInt no REsp 1637120/RO**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, (Quarta Turma), julgado em 29/04/2019, DJe 02/05/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 18/03/2020.

Agravo Interno No Agravo Em Recurso Especial. Ação de Indenização Por Danos Morais. Prestação de Serviço de Exame Laboratorial. Erro no Resultado de Exame Parasitológico. Dano moral não configurado. **AgInt no AREsp 1556253/RJ**, Rel. Ministro Raul Araújo (Quarta Turma), julgado em 26/11/2019, DJe 19/12/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 18/03/2020.

Recurso especial. Consumidor. Saque indevido em conta- corrente. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade da instituição financeira. Sujeito absolutamente incapaz. Ataque a direito da personalidade. Configuração do dano moral. Irrelevância quanto ao estado da pessoa. Direito à dignidade. Previsão constitucional. Proteção devida. **REsp 1245550/MG**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão (Quarta Turma), julgado em 17/03/2015, DJe 16/04/2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 18/03/2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: **Enunciados Aprovados**. Coordenador Científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 18/03/2020.

LACERDA, José Gutemberg Gomes. **Dano Moral Coletivo sob a Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez. **O Dano Estético** (Responsabilidade Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume II. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

ROSENVOLD, Nelson. **O dano moral coletivo como uma pena civil**. In: Dano Moral Coletivo. ROSENVOLD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (coord.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano Moral Coletivo**. A Configuração e a Reparação do Dano Extrapatrimonial por Lesão aos Interesses Difusos. Curitiba: Juruá, 2014.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Fundamentos do Direito Civil**. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 6ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada** [livro eletrônico] / Homero Batista Mateus da Silva. 2. ed.-- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.