XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-180-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 6 e 9 de julho de 2016 e teve como tema central DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II. Coordenado pelos professores Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite e Lucas Gonçalves da Silva, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça, religião e gênero (#####), concretização de direitos fundamentais (######), liberdade de expressão e reunião (#####), teoria geral dos direitos fundamentais (####) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (####)

1. A CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DIANTE DO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

2. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO DE VIDA

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO: COMO PROMOVER O COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL NO CENÁRIO PÓS-CRISE DE 2008.

4. O DIREITO A SAÚDE E A VIDA - JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA

5. ENSAIO CLÍNICO COM MEDICAMENTOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CASO DOS PACIENTES EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA.

6. MERCADO DE TRABALHO FORMAL E DESIGUALDADE DE GÊNERO: DAS COTAS LEGAIS À RESSIGNIFICAÇÃO CULTURAL

7. A GLOBALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE PARA PRIVATIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NA AMAZÔNIA X FUNÇÃO SOCIAL DA ÁGUA

8. LIBERDADE E REPRESENTATIVIDADE DO EMPREGADO NO ATUAL MODELO SINDICAL BRASILEIRO: PROPOSTAS PARA A DIGNIDADE

9. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL NÃO OPERADO

10. A EMERGÊNCIA DA PAZ COMO NORMA JURÍDICA: A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

11. A DISPENSABILIDADE DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O FISCO TENHA ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS

12. A DIMENSÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL: OS CRITÉRIOS TRADICIONAIS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A BUSCA PELA MAIOR RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

13. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E DISCURSOS JURÍDICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA

14. A DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO JULGAMENDO DA ADI Nº. 3.421 /PR E A EFETIVIDADE DE DIREITO FUNDAMENTAL

15. A CONSTRUÇÃO EMPÍRICA DA IDENTIDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO PARA O DIREITO À PROPRIEDADE: O QUILOMBO SACOPÃ.

16. O USO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS: UM ESCUDO RETÓRICO DE SOFISTICAÇÃO PARA O SUBJETIVISMO IMPLÍCITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

17. A (IN)EFETIVIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS E SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

18. OCUPAÇÃO DE ESCOLAS EM SÃO PAULO VERSUS DIREITO DE LIBERDADE DE REUNIÃO: O PROBLEMA DOS LIMITES NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

19. OS MÉTODOS DE DECISÃO ADOTADOS PELA TEORIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM CASOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPLICAÇÃO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

20. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE GREGORIO PECES-BARBA

21. REFLEXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

22. SER OU NÃO SER CHARLIE: REFLEXÕES A RESPEITO DE LIBERDADES ESCALONADAS EM AMBIENTE DE SOCIEDADE INFORMACIONAL

23. SOBERANIA NA AMAZÔNIA: GLOBALIZAÇÃO, ACESSO À ÁGUA DOCE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

24. SURVEILLANCE E O DIREITO FUNDAMENTAL A PRIVACIDADE PARA INFÂNCIA BRASILEIRA NA INTERNET

25. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA RECUSA INDEVIDA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE QUANTO AS COBERTURAS DE TRATAMENTOS MÉDICO FORA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

26. TRATAMENTO PALIATIVO COMO FORMA ASSECURATÓRIA DE UMA MORTE DIGNA

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Eneá De Stutz E Almeida - UNB

Profa. Dra. Flavia Piva Almeida Leite - FMU

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

O USO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS: UM ESCUDO RETÓRICO DE SOFISTICAÇÃO PARA O SUBJETIVISMO IMPLÍCITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

THE USE OF THE PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY AND REASONABLENESS IN TORT ACTIONS: A RHETORICAL SHIELD OF SOPHISTICATION TO THE IMPLICIT SUBJECTIVISM IN JUDICIAL DECISIONS

Bárbara Gomes Lupetti Baptista [1]
Daniel Navarro Puerari [2]

Resumo

Este trabalho problematiza a forma como o STJ se apropria dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na concessão de indenizações, superando, de modo seletivo e subjetivo, o óbice da súmula 7 e enfrentando matéria de fato, utilizando-se, para tanto, de critérios indeterminados e casuísticos, que resultam em distribuição desigual da justiça. A pesquisa está lastreada em entrevistas realizadas com magistrados, revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. Os dados sugerem que a tentativa de se valer dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para emprestar objetividade às decisões judiciais não foi suficiente para escapar à subjetividade que afeta a jurisdição.

Palavras-chave: Princípios, Proporcionalidade, Razoabilidade, Indenizações, Dano moral

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses how the STJ appropriates the principles of proportionality and reasonableness in granting indemnities, overcoming, selective and subjective, the obstacle of the scoresheet 7 and facing a matter of fact, using, for that purpose, criteria indeterminate and casuistic, resulting in uneven distribution of justice. The research is backed by interviews with judges, literature review and case law analysis. The data suggest that the attempt to enforce the principles of proportionality and reasonableness to lend objectivity to judicial decisions was not enough to escape the subjectivity that affects the jurisdiction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principles, Proportionality, Reasonableness, Indemnities, Moral damage

[1] PPGD/UVA, UFF e INCT-InEAC

[2] PPGD/UVA

Introdução

Este trabalho pretende problematizar a forma como o STJ se apropria dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na concessão de indenizações por danos morais, superando os obstáculos da súmula 7 (STJ) e enfrentando matéria de fato de modo seletivo e subjetivo, para majorar ou minorar os valores dos danos morais concedidos em instâncias inferiores.

É certo que a ausência de critérios objetivos e de parâmetros consensuais no trato das ações de indenizações de danos morais vem sendo objeto de discussão no campo do Direito há bastante tempo. Entretanto, até hoje, temos dificuldade de problematizar os motivos que efetivamente contribuem para o resultado dessa falta de parâmetros, que resulta, no caso concreto, em distribuição desigual da justiça e em insegurança jurídica.

De nossa parte, pretendemos problematizar a circunstância de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que pretendiam servir de suporte na busca de critérios objetivos para o trato das ações de indenizações por danos morais, acabaram por não dar conta de neutralizar a subjetividade dos julgadores na análise das situações concretas, e, hoje, são utilizados indistintamente, como fundamento nas decisões judiciais que majoram ou minoram os valores das indenizações, desacompanhados de quaisquer justificativas fáticas, servindo como escudo retórico da ausência de critérios objetivos no trato desses casos.

Metodologicamente, a pesquisa que subsidia este trabalho alia a revisão bibliográfica à análise jurisprudencial, além de incursão em campo, realizada através de entrevistas formais e informais com magistrados, acerca do uso de princípios na análise de casos concretos.

Sistematizamos o trabalho de forma a tratar, primeiro, de aspectos mais gerais do tema, traçando um panorama dogmático acerca dos direitos fundamentais, da indenização por dano moral e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Após, tratamos de dar início à problematização do tema, aportando um olhar mais crítico acerca dos princípios do direito, e, depois, mais especificamente, sobre a forma como o STJ vem se apropriando dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no trato das ações de indenização por danos morais, articulando dados jurisprudenciais com dados empíricos extraídos de entrevistas que realizamos com magistrados.

1. A questão dos direitos fundamentais

Tema de extrema relevância não apenas para o direito constitucional, mas também para outros ramos infraconstitucionais do direito, é o dos direitos e garantias fundamentais consagrados em nossa constituição.

Há muito se sustenta que tais direitos e garantias são "letra viva" em nosso ordenamento, ou seja, têm plena e imediata eficácia, não se tratando, apenas, de diretrizes constitucionais ao legislador infraconstitucional, mas possuindo aplicação direta nas relações sociais.

Alguns autores categorizam o tema como constitutivo do fenômeno da constitucionalização do direito (CHAVES e ROSENVALD, 2012); outros, o denominam de eficácia horizontal dos preceitos fundamentais (SARLET, 2015).

Para além do plano da eficácia dos direitos fundamentais, os constitucionalistas classificam os direitos fundamentais em escala de primeira, segunda, terceira e, para alguns autores, de quarta e quinta gerações ou dimensões.[1]

Os direitos de primeira dimensão são direitos negativos, ou seja, compreendem a garantia a uma abstenção estatal, respeitando assim as liberdades individuais. Possuem esses direitos de primeira geração origem no pensamento liberal-burguês em meados do século XVIII. Sobre esses direitos de primeira geração ou dimensão, expõe Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 46):

> Os direitos, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual e face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, "direitos de resistência ou de oposição perante o Estado". Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido

[1] Tal classificação, todavia, não é pacífica na doutrina. Segundo Pedro Lenza (2012, p. 960) haveria também a quarta geração, que, para autores como Norberto Bobbio, seriam os direitos ligados à engenharia genética, como os que protegem o DNA humano. Para Paulo Bonavides, citado por Lenza (2012), seriam os que garantem a universalização das outras gerações de direitos no plano institucional. A quinta geração compreenderia o direito à paz e os direitos que protegem e regulamentam o mundo virtual, tendo em vista a necessária proteção de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais na era da tecnologia da informação. (LENZA, 2012, p. 261)

> como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em suma, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados.

Em complementação aos direitos e garantias de primeira dimensão, há os direitos e garantias de segunda dimensão ou geração, que pressupõe não uma abstenção estatal, mas ao lado desta, uma atuação do Estado de modo a implementar políticas públicas que efetivem tais garantias. Trata-se de um poder-dever estatal inspirado na revolução industrial europeia do início do século XIX, como bem salientam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 137/138):

> Como consequência, uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real igual para todos, mediante a ação corretiva dos poderes públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer e etc. O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem à reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Já os direitos de terceira dimensão[2] compreendem direitos transindividuais, que transcendem os interesses meramente individuais e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano. Tais direitos se expressam pelos direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. São expressos pela necessidade de um convívio fraternal entre todos os indivíduos, conforme esclarecem os autores acima citados (LENZA, 2012, p. 260)

> Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade, de grupos. Têm-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

[2] Necessário aqui explicar que também a doutrina não é pacífica sobre quais direitos estariam incluídos nessa terceira dimensão. Expusemos acima o entendimento majoritário. Todavia, segundo Pedro Lenza, para Karel Vasak, os direitos de terceira dimensão seriam os ligados à paz, comunicação, meio ambiente e desenvolvimento, além dos referentes ao patrimônio comum da humanidade (LENZA, 2012, p. 261).

> Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que estes grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos no momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instantes seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, o antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos à liberdade não guardem, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração como o da proteção ao meio ambiente.

Em relação aos direitos fundamentais de quarta e quinta geração, as posições doutrinárias são bem distintas e nosso trabalho não se propõe a aprofundar tal discussão.

2. A indenização por dano moral como direito fundamental

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

> 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 de segunda dimensão, 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. Vejamos a visão de Carlos Roberto Gonçalves, citando Maria Helena Diniz, sobre a natureza jurídica do dano moral (GONÇALVES, 2012, p. 497)

> Tem prevalecido, no entanto, 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. Não se pode negar, diz Maria Helena Diniz, que 'a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva,

> constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento'.

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. Tentando fugir do subjetivismo: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como critérios no arbitramento das indenizações por danos morais

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".

Maria Celina Bodin de Moraes catalogou como "aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral": o grau de culpa e a intensidade do dolo (grau de culpa); a situação econômica do ofensor; a natureza a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); a intensidade do seu sofrimento (MORAES, 2003, p. 29).

Assim, as principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos de concreção são: a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) a condição econômica do ofensor; e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

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 (CAVALIERI FILHO, 2012 p.106)

> Creio que na fixação do quantum *debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. 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 vênia, 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.

O problema é pensar o alcance dos significados dessas palavras. Ou seja, como fazer, diante de casos concretos, o enquadramento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no arbitramento da indenização sem tornar a sua quantificação extremamente abstrata, subjetiva e, por isto mesmo, desigual e insegura? Este o aparente paradoxo que nos instigou a pensar na problemática que envolve este trabalho.

4. Um olhar crítico e reflexivo sobre os usos empíricos dos princípios

"O princípio é uma coisa fluida. É algo com que eu possa brincar como massinha de criança [...] não há a menor possibilidade de eu dizer que o direito não dá resposta.". (KHALIL, 2011:305).

Esta frase foi enunciada por um Juiz entrevistado por KHALIL (2011), durante sua pesquisa de campo, e é elucidativa de uma questão que também perpassa todo este trabalho: o fato de que o uso de princípios, no Direito Brasileiro, em vez de ajudar na construção de consensos e de neutralizar o subjetivismo que orienta o trato das ações de indenização por danos morais, na verdade, ampliou o espaço da subjetividade e sofisticou as decisões judiciais, que trazem, como razões de decidir, a justificativa argumentativa de princípios jurídicos, que, de fato, não têm significado unívoco e muito menos alcance objetivo e igualitário, e podem esconder subjetivismos travestidos de objetividade.

"Podemos fazer tudo usando princípios". "Fundamentamos tudo usando os princípios". "Eu tenho muita preocupação com esse negócio de princípios. Quando não tem razão, ou o juiz não encontra uma saída na lei ou no processo, já vem falando de princípios. E hoje quase tudo são princípios.". Estas foram frases que escutamos recorrentemente durante a

incursão empírica que realizamos através da realização de entrevistas formais e informais com magistrados fluminenses.

O uso de princípios é visto dogmaticamente como sendo uma técnica de decisão judicial que se legitima através da explicitação, pelo intérprete (o juiz), da racionalidade de sua argumentação. Ou seja, o Juiz, na análise do caso concreto, precisa não apenas interpretar a Lei - usando, para tanto, o conhecimento da hermenêutica jurídica - como também avaliar, em caso de dúvida, qual o princípio jurídico que deverá prevalecer naquele caso, a fim de "fazer justiça" (LUPETTI BAPTISTA, 2013a e 2013b).

O problema é que, em nosso sistema processual, os princípios, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser". (SARMENTO, 2006, p. 200).

Um juiz crítico do judiciário nos explicou o seu temor em relação à abertura proporcionada pelos princípios:

> Decisão principiológica é perigosa, tem risco. Eu fico assustado com a abertura que o princípio permite. Se você pensa: o que você faz com o princípio da dignidade humana? Qualquer coisa. Pode ter uma decisão na extrema direita e uma na extrema esquerda. O que diferencia? O intérprete. Então, tenho que torcer e esperar para que ele seja bom para a decisão ser boa. O princípio é muito bom quando o cara é bom. Agora é muito ruim se o cara é ruim. A aplicação de princípios é vista como algo que é contrário ao positivismo. Mas pode ser tão discricionária quando o positivismo foi.

José Renato Nalini, em seu ensaio sobre a "Humildade do Juiz", também expressa esta problemática no uso dos princípios:

> O juiz sabe que ele julga como quer. É fácil encontrar argumentos contra ou a favor de qualquer das teses. Fundamental se torna a sua profunda honestidade intelectual, fomentada pela humildade intelectual, para que, no ato de julgar, não prevaleçam as idiossincrasias, os preconceitos, o comodismo ou qualquer outro subjetivismo, sobre a missão de fazer justiça[3].

Nessa linha, pretendemos problematizar o uso indistinto dos princípios 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 da lei,

[3] Disponível em: <http://portal.tjro.jus.br/documents/18/24335/A+HUMILDADE+DO+JUIZ.pdf>. Acesso em: 10. Nov. 2012.

segundo circunstâncias indeclináveis na decisão e certamente subjetivas e implícitas nas razões de decidir. Daí o interesse em refletir e trazer esta discussão neste artigo.

Analisamos casos em que o uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foi rigoroso e impediu a análise de mérito de situações empíricas que chegaram ao STJ, mas não foram apreciadas, tendo em vista a inadmissão dos Recursos Especiais. Em outros casos, permitiu-se a relativização do rigor positivista da lei e, mais do que isso, a superação de obstáculos processuais que impediriam a análise do mérito da decisão judicial, como a súmula 7, tendo servido, o uso dos princípios, como justificativa para a flexibilização da forma e o enfrentamento da matéria de fato que ensejou a reforma da decisão da Corte Estadual.

5. "O Direito como ele é": o trato das indenizações por danos morais pelo STJ e a superação casuística da súmula 7

É cediço que os Tribunais Superiores, na análise dos recursos excepcionais, quais sejam, o Recurso Especial, no âmbito do STJ, art. 105, III, CRFB/88, e o Recurso Extraordinário, no STF, art. 102, III, CRFB/88, não podem revolver questão de fato. Melhor dizendo, na análise dos casos concretos, o STJ e o STF não poderão reexaminar ou revalorar a prova dos autos, em função, inclusive, das súmulas 7, do STJ, e 279, do STF, que marcam esta proibição formal:

> **Súmula 7 do STJ -** A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL.
>
> **Súmula 279 do STF -** PARA SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

As referidas súmulas, como visto, cristalizam uma posição bastante rígida no sentido de registrar que as cortes superiores não funcionam como terceira e/ou quarta instâncias revisoras, servindo, em vez disso, como tribunais de pacificação da interpretação da Constituição Federal e das leis federais.

No entanto, a prática forense tem demonstrado que, em situações ocasionais, e seletivas, os referidos Tribunais Superiores e, para este trabalho, mais especificamente o STJ, superam o óbice das súmulas e enfrentam questões de fato, posicionando-se no sentido de majorar ou minorar indenizações por danos morais concedidas nas instâncias inferiores.

O que pretendemos discutir aqui é que o STJ adota uma postura seletiva na análise dos casos concretos e ora flexibiliza, ora interpreta com rigidez, o uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Especialmente quando supera a súmula 7 e enfrenta matéria de fato, o STJ o faz para reformar, majorando ou minorando, indenizações concedidas pelas instâncias inferiores, a partir do uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que ganham dimensões simbólicas e indeterminadas e passam a funcionar como "varinhas de condão", nos termos de SARMENTO (2006, p. 200), justificando uma injustificável relativização de normas, em casos específicos, ou o rigor da Lei, em outros casos, o que resulta em uso discricionário e na aplicação desigual da Lei.

Segundo a jurisprudência do STJ, é possível alterar o valor arbitrado em sede de recurso especial quando este se mostra ínfimo ou exagerado, pois, nesses casos, reconhece-se a violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, diversos precedentes: **(1)** para a redução da indenização fixada em patamar exagerado, REsp 796.808/RN (1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 1º/06/2006), REsp 783.644/PE (4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 19/12/2005) e REsp 740.441/PA (3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 1º/07/2005), entre outros; **(2)** para o aumento do quantum indenizatório arbitrado em valor irrisório, REsp 786.217/RJ (3ª Turma, de minha relatoria, DJe de 25/09/2006), REsp 710.879/MG (3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 19/06/2006) e REsp 173.927/AP (3ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 19/05/2005), entre outros.

O uso de tais princípios indeterminados acaba servindo para, de um lado, reforçar a carga argumentativa da decisão, e, de outro lado, desobrigar o julgador de fundamentar e enfrentar a explicitação das razões de decidir, servindo como escudo para o decisionismo e para o não enfrentamento dos motivos subjetivos das decisões judiciais.

É como se a simples invocação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja, sem que, para isso, seja necessário fundamentar o julgado com o enfrentamento das razões de decidir, que ficam ocultas, como nos dizeres de Portanova: "No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis." (PORTANOVA, 2003:15).

Citando, mais uma vez, Daniel Sarmento (2006, p. 200):

> [...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta 'euforia' com os princípios abriu um espaço muito maior para o

> decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo.”.

Virgílio Afonso da Silva, em “O proporcional e o razoável” (2002, p. 31), demonstra que 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.

Assim, a proporcionalidade e a razoabilidade assumem o papel de escudos retóricos e argumentativos, que, embora sofisticados, são vazios de conteúdo, na medida em que o intérprete não explicita, na decisão judicial, o que considerou proporcional e razoável naquele caso concreto.

Enquanto instrumentos de justificativa argumentativa sem definição unívoca, o uso de tais princípios abstratos dá margem a elevados graus de subjetividade por parte do intérprete, abrindo ampliado espaço para que o juiz 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 termos[4]:

> [...] 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 [...]

Analisamos a jurisprudência do STJ, através da combinação das categorias “proporcionalidade” e “razoabilidade” e “dano” e “moral”, anos 2010 até 2016.

---

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

Verificamos diversos casos em que as situações concretas e o mundo dos "fatos da vida cotidiana" ficam obscurecidos na ementa, mas aparecem no inteiro teor dos acórdãos, e, na verdade, permitem perceber que inexistem critérios objetivos para justificar quando o STJ supera a súmula e enfrenta os fatos e quando ele não supera a súmula, obstaculizando a análise do mérito. E, indo além, quando ele usa o escudo principiológico para majorar a indenização e quando se vale dele para minorá-la, ou mesmo para não enfrentar o mérito, sob a escusa de que a Instância Estadual já teria dado trato razoável e proporcional ao caso.

Segundo pareceu pela análise incipiente da jurisprudência do STJ, no período selecionado, verificamos que casos de mortes, paraplegia e casos muito dramáticos, ou que envolvem personalidades ou repercussão midiática, sensibilizam o STJ e permitem a superação da súmula 7, e, mais do que isso, apuramos que, nas situações em que a súmula é superada, os Ministros, regularmente, superam o obstáculo para enfrentar o tema e prover o Recurso Especial, seja para majorar a indenização, seja para concedê-la, seja para minorá-la, quando a instância inferior a denegou ou concedeu em valores considerados ínfimos. Por outro lado, nos casos em que as indenizações lhes parecem razoáveis ou proporcionais, a súmula é usada como escudo protetor do STJ, que mantém a indenização, desprovendo o RESp ou mesmo julgando-o monocraticamente e denegando o seu seguimento.

A maioria dos julgados que encontramos mostram situações em que os Recursos Especiais foram denegados, com base na súmula 7 do STJ.

A maioria das ementas que localizamos no site do STJ era muito similar, sendo que selecionamos esta, a título ilustrativo, dentre diversas outras, de conteúdo idêntico[5]:

> STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 463885 RS 2014/0010549-7 (STJ) Data de publicação: 01/06/2015
> Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 2. Somente em hipóteses excepcionais, quando o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem se distancia dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice para possibilitar a revisão, hipótese não verificada no caso. 3. O STJ firmou entendimento no sentido de ser incabível o reexame do valor fixado a título de danos morais com base em divergência jurisprudencial, pois, ainda que haja semelhança de algumas

[5] Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 26. mar. 2016.

> características nos acórdãos confrontados, cada qual possui peculiaridades subjetivas e contornos fáticos próprios, o que justifica a fixação do quantum indenizatório distinto. 4. Agravo regimental a que nega provimento.

Entretanto, verificamos situações em que a súmula foi superada, ou ainda que dito que não o foi, de fato, o STJ enfrentou o tema, majorando a indenização, reconhecendo culpa concorrente ou mesmo enfrentando o recorte fático para prover, ainda que apenas parcialmente, o RESp. Em alguns casos, na ementa o STJ não menciona os princípios, mas no voto, os referenciam. Alguns exemplos interessantes:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais. 2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Secção do STJ. 3. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. **Assim, torno definitiva a indenização no montante equivalente a 500 salários mínimos**. **RECURSO ESPECIAL PROVIDO**. (RECURSO ESPECIAL 959.780/ ES)

> DIREITO CIVIL. REPARAÇÃO DO DANO MORAL. VÍTIMA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. COTEJO ANALÍTICO. NÃO REALIZADO. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. OCORRÊNCIA. SEQUELAS DEFINITIVAS. PARAPLEGIA. DANO DE GRANDE MONTA CAUSADO A PRÓPRIA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ. CASOS ANÁLOGOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. COMPATIBILIDADE. DOR SOFRIDA PELA VÍTIMA. POTENCIAL ECÔNOMICO DO CAUSADOR DO DANO. MAJORAÇÃO. CABIMENTO. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 282/STF 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas 3. A não explicitação precisa, por parte do recorrente, sobre a forma como teriam sido violados os dispositivos suscitados é deficiência, com sede na própria fundamentação da insurgência recursal, que impede a abertura da instância especial, a teor da Súmula 284/STF, aplicável por analogia, também ao recurso especial. 4. A gravidade e a perpetuação das lesões que atingiram a vítima transforma inteiramente a sua vida e o priva para, sozinho, praticar atos simples da vida. Para casos como esse, não se utilizam como paradigma

hipóteses de falecimento de entes queridos. 5. A fixação do valor do dano moral sofrido pelo autor, que ficou paraplégico e se viu condenado a permanecer indefinidamente em uma cadeira de rodas, no montante de R$40.000,00 (quarenta mil reais) encontra-se em dissonância com as balizas desta Corte para casos análogos. 7. **Recurso especial parcialmente provido para majorar o quantum indenizatório para R$ 250.000,00** (duzentos e cinquenta mil reais). (RECURSO ESPECIAL 1.189.465/SC)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO. MORTE. DANO MORAL. FIXAÇÃO EM PATAMAR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PENSÃO ALIMENTÍCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ENTRE OS RECORRIDOS. SÚMULA 7/STJ. 1. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, **devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso**, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 2. **A redução do "quantum" indenizatório a título de dano moral é medida excepcional e sujeita a casos específicos em que for constatado abuso, tal como verificado no caso**. 3. In casu, tendo em vista o valor fixado no acórdão recorrido a título de indenização por dano moral em R$ 637.500,00 (seiscentos e trinta e sete mil, quinhentos reais), em razão das particularidades do caso e à luz dos precedentes citados desta Corte Superior**, impõe-se o ajuste da indenização aos parâmetros adotados por este Tribunal (R$ 305.000,00)**, de modo a garantir aos lesados a justa reparação, contudo afastando-se, pois, a possibilidade de enriquecimento indevido, corrigido monetariamente a partir desta decisão e dos juros moratórios nos termos da Súmula 54 desta Corte. 4. Verificar a alegação de que a vítima não contribuía para o sustento da família, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão provido. (RECURSO ESPECIAL 747474/RJ)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DUPLICATAS. PROTESTO INDEVIDO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOS NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INDENIZAÇÃO. MINORAÇÃO. 1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil . O Eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. 2. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 160 , I do CC/1916 , e 13 , § 4º da Lei 5.474 /68 impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ. 3. Rever os fundamentos que ensejaram, no caso concreto, o entendimento do Tribunal de origem de que o Banco recorrido é responsável pela inscrição indevida, pois negligente ao encaminhar o título indevidamente para protesto, implica reexaminar o conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 7. 4. **A quantia fixada pelo Tribunal de origem à título de danos morais escapa à razoabilidade e se distancia dos parâmetros adotados por este Tribunal Superior, motivo pelo qual justifica-se excepcional intervenção do STJ, a fim minorar a indenização fixada para R$ 20.000,00 (vinte mil reais)**, com correção monetária a partir da data deste julgamento e juros moratórios a contar do evento danoso. 5. Recurso adesivo interposto pelo autor prejudicado. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.
(RECURSO ESPECIAL 623776/SC)

Infere-se dos casos, portanto, que quando o STJ não enfrenta a matéria e obstaculiza a apreciação dos fatos, em função da súmula 7, para manter a decisão do Tribunal Inferior, ele não tem o cuidado de proceder à uma análise cuidadosa do caso e 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 afastar a possibilidade de modificar aquele caso concreto. Por outro lado, quando pretende reformar a decisão da instância inferior e superar a súmula, enfrenta mais os fatos, mas, ainda assim, não justifica formalmente as suas escolhas, valendo-se, igualmente, de critérios indeterminados, que transformam a escolha pessoal do julgador em fundamento legítimo da decisão judicial, justificando, até mesmo, a superação da súmula 7 e o enfrentamento dos fatos, para majorar ou conceder as indenizações que consideram justas, ou, eventualmente, para minorá-las.

Considerações finais

A ausência de critérios uniformes e objetivos no trato das ações de indenização por danos morais facilita o ambiente para que os espaços vazios e em aberto das normas sejam preenchidos com a subjetividade do julgador.

Os espaços vazios são preenchidos com moralidades, subjetividades e ideologias ou, como eles próprios nos disseram: "a nossa percepção de mundo, que é o que nos conduz.".

Uma das decisões acima referenciadas cita, em seu voto, que "a morte de nossos pais, de nossos irmãos, por mais dolorida que seja, por mais que deixe sequelas para sempre, não é, ao menos necessariamente, tão limitadora quanto a abrupta perda de todos os movimentos, capacidade sexual e controle sobre as funções urinárias e intestinais" (RESp 1.189.465). Outro sustenta que "a aparência pessoal em idades juvenis, cujos laços afetivos e sociais ainda estão sendo formados, mostra-se mais determinante à elaboração da personalidade, se comparada à importância dada à estética por pessoas de idade mais avançada". (RESp 689.088/MA). Ou seja, critérios de ordem pessoal se transformam em argumentos de justificativa que são sofisticados com o uso dos princípios jurídicos que os instrumentalizam.

Ademais disso, a desigualdade no tratamento das questões aqui suscitadas, que discutem causas que foram enfrentadas pelo STJ e outras que não foram, resultando em acesso diferenciado às instancias excepcionais e, consequentemente à Justiça, causa certa crise de legitimidade dos Tribunais, uma vez que a segurança jurídica fica deveras prejudicada diante de situações similares que são julgadas de forma distinta, em função de critérios que por vezes são implícitos, por outras, aparecem com discrição, através de decisões

pessoais, e que regularmente são traduzidos em princípios no momento da fundamentação da decisão judicial.

A tendência do Direito de sobrevalorizar os princípios em detrimento das regras redunda em sobrevalorizar análises morais do direito em detrimento das Leis e esta forma de atuar tem deslocado o protagonismo do Legislativo para o Judiciário e tem valorizado mais a justiça do caso concreto, circunstância que, em uma sociedade desigual, implica em usos desiguais da Lei.

Os dados sugerem que a tentativa de se valer dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para emprestar objetividade às decisões judiciais não foi suficiente para escapar à subjetividade que afeta a jurisdição em ações de danos morais.

O uso dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade em ações indenizatórias acaba funcionando como um escudo retórico de sofisticação para o subjetivismo implícito nas decisões judiciais, porque a invocação de tais princípios dá um contorno de fundamentação jurídica ao que, segundo parece, decorre de mera escolha moral do julgador, em nome da justiça.

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.

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

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.

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.

KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 16ª. 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.

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

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

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