



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A NECESSIDADE DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO
DECORRENTE DO DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO
INTEGRAL DOS DANOS

Flavio Arthur Souza da Costa

Rio de Janeiro
2018

FLAVIO ARTHUR SOUZA DA COSTA

A NECESSIDADE DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO
DECORRENTE DO DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO
INTEGRAL DOS DANOS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

A NECESSIDADE DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO
DECORRENTE DO DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO
INTEGRAL DOS DANOS

Flavio Arthur Souza da Costa

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado. Empregado Público Federal
vinculado à Empresa Brasileira de Pesquisa
Agropecuária

Resumo – embora não seja tão recente no direito brasileiro, o instituto do dano moral vem apresentando uma série de transformações ao longo das últimas três décadas, principalmente em decorrência da promulgação da CRFB/1988. A adaptação dessa espécie de dano às normas e princípios já existentes, no direito brasileiro, para responsabilidade civil por danos materiais, notadamente o princípio da reparação integral dos danos, não é tarefa simples, face aos diversos pontos de confronto entre eles. Assim, a adaptação não precisa ter causado uma série de efeitos nocivos à atividade jurisdicional brasileira, cuja denominada indústria do dano moral é exemplo. O cerne do trabalho é abordar a possibilidade de arbitramento de indenização não pecuniária para os casos de dano moral, visando melhor adaptar o instituto aos princípios e regras existentes para a responsabilidade civil. Em consequência, contribuir para a diminuição dos efeitos nocivos à atividade jurisdicional brasileira.

Palavras-chave – Direito Civil. Dano Moral. Reparação Integral dos Danos.

Sumário – Introdução. 1. A caracterização do dano moral como lesão a direito da personalidade. 2. O instituto da responsabilidade civil decorrente de dano extrapatrimonial e a inaplicabilidade unicamente do arbitramento monetário. 3. Críticas ao sistema de arbitramento extrapatrimonial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a necessidade de despatrimonialização do ressarcimento decorrente de dano moral à luz do princípio da reparação integral dos danos, dentro do contexto da sua extrapatrimonialidade. Visa-se demonstrar que a reparação, por arbitramento de valores pecuniários, para os danos decorrentes de lesão à moral não atende, em parte dos casos levados ao judiciário, ao princípio da reparação integral dos danos, bem como, contribui, juntamente com outros fatores, para a denominada indústria do dano moral.

O tema é controverso e muito pouco abordado especificamente, pela doutrina e jurisprudência brasileira tendo em vista o aumento substancial das demandas judiciais decorrente, principalmente, das ondas renovatórias de acesso à justiça.

Para a melhor compreensão do tema, busca-se apresentar como a doutrina contemporânea conceitua o dano moral, bem como quando há sua caracterização nos casos concretos. Pretende-se, além disso, demonstrar como o arbitramento de valores pecuniários para o ressarcimento dos danos decorrentes de lesão à moral não atende, em todos os casos, ao princípio da reparação integral dos danos, face o caráter extrapatrimonial do direito à moral. Ademais, visa-se demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro já possui mecanismos que se aplicados por analogia podem atender adequadamente o princípio da reparação integral dos danos.

Inicia-se o primeiro capítulo visando conceituar e caracterizar o dano moral, segundo a doutrina contemporânea. Além disso, comparar tal conceito com o aplicado ordinariamente pela jurisprudência brasileira.

Em seguida, no segundo capítulo, busca-se adequar as conclusões extraídas do primeiro capítulo ao instituto da responsabilidade civil, que possui princípios e conceitos próprios, com maior foco na reparação integral dos danos, com o fito de demonstrar a inaplicabilidade do critério de arbitramento pecuniário para todos os casos de ressarcimento por lesão à moral, porque assim é como ordinariamente a jurisprudência brasileira julga demandas nesses casos.

O terceiro e último capítulo visa a apontar e a afastar as três críticas mais comuns ao sistema de arbitramento extrapatrimonial proposto.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COMO LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE

O primeiro ponto a ser enfrentado é como a lei, doutrina e jurisprudência caracterizam o dano moral, em face da falta de critérios objetivos.

A CRFB/88 limitou-se a prever no seu artigo 5º, incisos V e X, o direito a indenização por danos morais sem conceituar o dano moral. O Código Civil de 2002, na mesma linha da previsão constitucional, prevê nos seus artigos 186 e 927, a possibilidade de reparação em decorrência de dano moral sem também entrar na seara de qual seria sua definição.

Desde antes da vigência da CRFB/88, conceitos para todos os lados não faltaram. Contudo, o adotado pelos tribunais superiores foi a caracterização do dano moral como dor, vexame, sofrimento, humilhação, desconforto. Em suma, dano moral vinculado a sentimentos que mais tem relação com as consequências do que com as causas do dano.

Essa definição, substancialmente subjetiva, gerava muita grande insegurança jurídica, pois, o que para uns poderia ser considerado humilhação, para outros era uma situação indiferente.

Um grande exemplo pode ser observado na paradigmática decisão proferida pelo TJ-RJ, em 29/09/1999, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, que indeferiu o pedido de danos morais feito por famosa atriz, em face de determinada revista, que utilizara indevidamente sua imagem, nos seguintes termos ¹:

o dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta, para quem o sofre, muita dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame humilhação, sofrimento.

Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconstitucional da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação.

Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconstitucional da sua imagem.

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator desembargador Wilson Marques, julgado em 29.09.1999 e publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 41, p. 184-187. O relator aduz: “Não se trata de discriminação contra as mulheres belas, nem, muito menos, de fazer apologia da feiúra. [...] O que se pretende – é só o que se pretende – é demonstrar que não se concede indenização (rectius: compensação) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou, para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza. À conta desses fundamentos, o Grupo dá parcial provimento ao recurso, para reduzir o valor da remuneração pelo uso da imagem da embargada a R\$ 50.000,00 e para excluir do universo das parcelas indenizatórias a relativa à indenização de dano moral.”

Só mulher feia que pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas.

As bonitas, não.

Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido.

Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.

Após a promulgação da CRFB/1988, a dignidade humana, prevista no artigo 1º, inciso III, foi deslocada para fundamento da República Federativa do Brasil. Isso, somado ao fenômeno do neoconstitucionalismo, tornou a CRFB/1988 o filtro axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A consequência foi a reinterpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro tendo como base na dignidade da pessoa humana. Esse fenômeno, evidentemente, refletiu no Direito Civil, dando origem ao que se chama de Constitucionalização do Direito Civil.

Assim, houve uma ampliação dos interesses merecedores de tutela jurídica, interesses esses vinculados ao princípio da dignidade humana, imateriais, existenciais e inatos.

Nas palavras do professor Anderson Schreiber ²:

o fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável. Um novo universo de interesses merecedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada sua ressarcibilidade.

Logo, o conceito contemporâneo de dano moral passou a ser lesão a direito existencial, imaterial ou inato do ser humano, em substituição ao conceito subjetivo.

Parte desses direitos foram tipificados no Código Civil de 2002, recebendo a nomenclatura de direitos da personalidade, como a honra, o corpo, a imagem, o nome. Vale ressaltar que isso não excluiu, diante do dinamismo da vida moderna, a possibilidade de reconhecimento de novas espécies de danos, derivados diretamente do princípio da dignidade humana. Essa distinção, entre direitos tipificados e não tipificados, criou uma classificação em dano moral em sentido amplo e dano moral em sentido estrito.

² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 91.

O dano moral em sentido amplo é a violação aos direitos da personalidade, o que dá azo ao reconhecimento de novos danos existenciais como dano sexual, dano por redução da capacidade laboral genética, dano por férias frustradas, dentre outros.

Por sua vez, em sentido estrito, o dano moral é violação à própria dignidade.

O importante nesta definição de dano moral é observar que ele está desvinculado de qualquer sentimento da vítima, sendo este, consequência.

Nas palavras do professor Sergio Cavalieri Filho ³.

nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa a dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas.

Não são diferentes as considerações do professor Anderson Schreiber ⁴: “[...] por esta razão, fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”.

Atualmente, mesmo com a definição do conceito de dano moral como lesão a direito da personalidade, em face dos diversos aspectos de realização da dignidade da pessoa humana, que gera o reconhecimento de novas espécies de direitos da personalidade, e do dinamismo das relações sociais, o poder judiciário se depara com uma imensa dificuldade em determinar quando este está, ou não, configurado o dano ressarcível.

Não raro, encontra-se na jurisprudência, a menção a lesão a novos direitos existenciais somente com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, puro e simples, sem qualquer comprovação da efetiva tutela jurídica desse dano, tampouco prova do efetivo dano sofrido.

Visando a solucionar tal problema, o professor Anderson Schreiber defende a investigação do objeto lesado e o interesse efetivamente violado para a caracterização do dano moral ressarcível ⁵.

[...] a definição de dano como lesão a um interesse tutelado, muito ao contrário, estimula a investigação sobre o objeto da lesão – o interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor -, a fim de se aferir o seu merecimento de tutela ou não, possibilitando a seleção dos danos ressarcíveis.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117.

⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 109.

⁵ Ibidem.

A ideia do professor Schreiber é desestimular a criação de novos danos ressarcíveis sem o mínimo de base jurídica, resultando em uma verdadeira indústria do dano moral, por aplicação do instituto de maneira não técnica.

O professor faz uma construção, tendo como base a ponderação de direitos, para a definição de um método de caracterização do dano moral, dividindo o método em etapas. Somente após a verificação de todas as etapas e, constatada primazia pelo interesse lesado, estará caracterizado o dano moral.

Na primeira etapa, observa-se se há norma, em exame abstrato, que tutele o interesse lesado. Na segunda etapa, o intérprete deve perquirir se há norma jurídica em abstrato que tutele o interesse lesivo. Na terceira etapa, observa-se no ordenamento jurídico se há regra expressa de prevalência entre os interesses conflitantes. E, na quarta etapa, o intérprete, por meio da ponderação, deve aferir se o grau de realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação do interesse lesado.

Concluindo, atualmente a caracterização do dano moral é com a lesão a direito da personalidade, direito corolário do princípio da dignidade da pessoa humana que está no centro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como fundamento o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito civil.

Entretanto, isso não é suficiente, para que se possa avaliar o dever de indenizar, deve o intérprete fazer uma análise dos interesses, ou direitos envolvidos, à luz do ordenamento jurídico e do princípio da ponderação, por meio de etapas, para buscar o direito merecedor de tutela no caso concreto.

2. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A INAPLICABILIDADE UNICAMENTE DO ARBITRAMENTO MONETÁRIO

Definido o conceito contemporâneo de dano moral e visto os casos em que há ressarcibilidade, cumpre harmonizá-los ao instituto da responsabilidade civil previsto no direito brasileiro.

Hoje não restam dúvidas que o dano moral deve ser ressarcido, conforme leitura dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002 ⁶.

⁶ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 06 mar. 2018.

Art. 186 do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 do Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O cerne da questão não é a possibilidade ressarcimento do dano moral e sim a forma como esse ressarcimento é feito.

O Código Civil de 2002 deixou clara a adoção do princípio da restituição integral dos danos, nos casos de indenização, observe o artigo 944: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Restituir integralmente o dano, por meio da indenização, é devolver ao objeto da lesão o estado que ele estava antes de configurado o dano, ou seja, seu status quo ante bellum.

Para se chegar a exata valoração do que seria o status quo ante bellum, existem diversos critérios que variam de acordo com o tipo de dano configurado.

Nos casos de danos materiais, aplica-se a teoria da diferença. Nesta, observa-se o valor do patrimônio do lesado antes e após o advento do dano. A indenização deve corresponder a exata diferença do patrimônio, observado os dois momentos. Este é um critério eminentemente matemático e atende perfeitamente o desiderato de restituir integralmente o dano, pois dano material é lesão a patrimônio aferível monetariamente.

Para os danos morais, a teoria da diferença não consegue atender satisfatoriamente, pois, como já conceituado no capítulo anterior, dano moral, no conceito contemporâneo, é lesão a direito da personalidade, direitos inatos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, logo insuscetíveis de apuração monetária. Não há um preço para dignidade, para honra, para dignidade sexual, para privacidade.

Vale ressaltar que o aspecto patrimonial dos direitos da personalidade não se confunde com seu aspecto substancial. Muitos direitos da personalidade apresentam um aspecto patrimonial que pode ser aferido monetariamente. Por exemplo, a imagem de uma pessoa notória, evidentemente, tem um aspecto monetário que pode ser aferido pela teoria da diferença, tanto o é, que existem, por exemplo, os contratos desportivos de direitos de imagem. Nesses casos, havendo lesão, configura-se dano material e não moral.

Situação completamente diferente ocorre quando há uma lesão à privacidade de uma pessoa, mesmo que notória. Nesses casos, não há aspecto monetário que possa subsidiar a aplicação da teoria da diferença.

Assim, para esses casos, há a teoria do arbitramento. Nesta, atualmente, o judiciário, fundamentadamente, arbitra um valor monetário que entenda razoável e proporcional para restituir integralmente o dano.

Contudo, observe a incoerência desta prática. O judiciário, visando a restituir integralmente o dano a um direito inato, personalíssimo, extrapatrimonial, arbitra um valor monetário como indenização. Em outras palavras, os direitos da personalidade, como consectários do princípio da dignidade humana, foram reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro dentro de uma perspectiva de extrapatrimonialidade do direito civil, mas quando ocorre um dano a esse direito extrapatrimonial sua restituição integral é arbitrada em pecúnia.

Conclui-se que o arbitramento de valores monetários não leva a restituição integral alguma, pois o próprio aspecto do direito lesado é desvinculado de qualquer avaliação monetária.

Os efeitos dessa prática no dia a dia forense são diversos. Em primeiro lugar, subverte-se o instituto da responsabilidade civil, pois não há restituição integral alguma, não há retorno ao status quo ante bellum, em face da incompatibilidade entre o aspecto substancial dos direitos da personalidade e o arbitramento de valores monetários. Em segundo lugar, na ocorrência de dano moral, a responsabilidade civil torna-se para o jurisdicionado uma ferramenta de punição para o causador do dano, ou ferramenta para enriquecimento ilícito, e não de restituição do direito lesado. Em terceiro lugar, contribui para a enxurrada de demandas frívolas que assolam o judiciário brasileiro, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis, cujo o único objetivo do jurisdicionado é buscar valores monetários sem dano que lhe dê substrato.

Logo, há a necessidade de despatrimonialização do ressarcimento do dano moral à luz do princípio da reparação integral dos danos, por meio do arbitramento de obrigações de fazer, por exemplo, que mais se coadunam com a estrutura do aspecto substancial dos direitos da personalidade do que a restituição por valores monetários.

A análise minuciosa do instituto da responsabilidade civil por danos morais confirmam essa tese.

Os direitos da personalidade, como já mencionado, não são aferíveis em pecúnia, monetariamente, são direitos inatos, vinculados a dignidade da pessoa humana. A forma de ressarcimento de danos causados a esse tipo de direito também deve ser desvinculado, diretamente, de valores monetários, para que possamos visualizar a restituição integral dos danos.

Por exemplo, para uma lesão à honra subjetiva de uma pessoa, ou seja, lesão ao juízo de valor que essa determinada pessoa tem de si na sociedade, pelos critérios tradicionais aplicados hodiernamente pelo judiciário, seria indenizada por arbitramento de uma quantia monetária. Essa indenização não tem aptidão para restituir integralmente a honra subjetiva lesada, pois juízo de valor subjetivo não tem relação alguma com valores monetários. Entretanto, o arbitramento de uma obrigação de fazer, consubstanciada em publicação em jornal de grande circulação, de pedido de retratação, tem maior aptidão de restituir integralmente o lesado do que qualquer valor monetário. Isso, sem perder de vista que se o ato lesivo gerou dano ao aspecto patrimonial da honra subjetiva, este deve ser indenizado a título de danos materiais, não morais.

Nesse sentido, nas palavras do professor Anderson Schreiber ⁷: “as formas não patrimoniais de compensação, longe de atenderem uma preocupação exclusivamente econômica vinculada ao custo das reparações, satisfazem na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima”

As vantagens desse arbitramento são inúmeras. Primeiro, haveria a aplicação técnica do instituto da responsabilidade civil por danos morais, nos exatos termos previstos no Código Civil de 2002, gerando segurança jurídica para os jurisdicionados. Em segundo lugar, haveria o desestímulo ao ajuizamento de demandas aventureiras, onde a principal intenção não é reparação de danos e sim enriquecimento ilícito derivado do arbitramento de valores monetários. Em terceiro lugar, como consequência do anterior, haveria a diminuição de demandas no judiciário, impactando diretamente na qualidade da análise jurisdicional.

Não obstante as vantagens do sistema aqui proposto, ele não está alheio a críticas. Assim, passaremos a análise de possíveis críticas a serem feitas ao sistema com o intuito de afastá-las.

3. CRÍTICAS AO SISTEMA DE ARBITRAMENTO EXTRAPATRIMONIAL

Durante as pesquisas para a elaboração deste artigo surgiram algumas críticas a viabilidade do uso do sistema de arbitramento extrapatrimonial de forma hodierna na prática forense.

A primeira delas é a falta de previsão legal para que o juiz arbitre obrigações de fazer nas ações de indenização para reparação por danos morais. Contudo, essa crítica não é

⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 197.

procedente, pois em nenhum momento a lei determina que a indenização deve ser arbitrado em pecúnia. A única exigência é que haja a reparação do dano. Observe o que diz os artigos 927 e 944 do Código Civil de 2002.⁸

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

...

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

A lei em nenhum momento menciona que a indenização deve ser arbitrada em pecúnia. Ao contrário, se o artigo 944 prevê que a indenização mede-se pela extensão do dano, e a tutela específica adequada para tornar o direito lesado novamente indene é a obrigação de fazer, esta deve ser arbitrada. Caso contrário o magistrado estaria agindo contra a lei, pois estaria arbitrando a indenização em extensão inferior ao dano.

Inclusive, tal solução já foi aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em aresto cujo transcrevo passagem.⁹

a retratação pública, como desestímulo à conduta praticada, às expensas da parte vencida ou condenada, por certo, torna mais efetiva a reparação civil, despatrimonializando a condenação, que, no mais das vezes, quando aplicada isoladamente a resposta pecuniária, não satisfaz plenamente aos anseios da vítima, não compensando, integralmente, o desvalor moral. Daí ser cabível, ainda que não se encontre expressamente previsto, a veiculação do pedido de desculpas pela falha no serviço prestado e pela conseqüente interrupção do fornecimento de energia elétrica é também meio válido para a composição da lide judicial. Conseqüentemente, a simples majoração do quantum a ser arbitrado para o dano moral, não inviabiliza, ou justifica, o descarte da retratação pública, nos exatos termos do que foi na inicial pleiteado. Plausível e justo, pois, que a retratação se dê de modo a trazer à parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de desculpas pelo dano que a consumidora autora foi injustamente causado.

Assim, se devidamente pedido pelo lesado, não há impossibilidade legal para o arbitramento de solução extrapatrimonial para a indenização por dano moral.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 2009.001.22993*, Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-ampla.pdf> >. Acesso em: 06 mar. 2018.

Ademais, quando não há pedido específico de arbitramento de indenização em caráter extrapatrimonial, a moderna doutrina processualista, entende ser possível o arbitramento de pedido diverso, face ao princípio da tutela específica. Observe as palavras dos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, citados por Anderson Schreiber em sua obra ¹⁰:

no caso do dano não patrimonial, o ressarcimento na forma na forma específica é o único remédio que permite que o dano não seja monetarizado e que o direito, assim, encontre uma forma efetiva de reparação. Na realidade, o direito à tutela jurisdicional efetiva tem como corolário a regra de que, quando possível, a tutela deve ser prestada na forma específica. Isso porque o direito do credor à obtenção de uma utilidade específica sempre prevalece sobre a eventualidade da conversão do direito em um equivalente.

Outra crítica ao sistema é a impossibilidade de cumulação da indenização não patrimonial com o denominado preço do desestímulo. O preço do desestímulo, no direito brasileiro, deriva da doutrina americana do punitive damages. Sem aprofundar demais o tema e em palavras simples, consiste em arbitrar um valor adicional ao valor da indenização como forma de punir do ofensor.

Nas palavras do mestre Sérgio Cavalieri Filho, sobre este instituto no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive citando Caio Mário¹¹.

A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição). A lição do mestre Caio Mário, extraída de sua obra *Responsabilidade Civil*, p. 315-316, pode nos servir de norte nessa penosa tarefa de arbitrar o dano moral. Diz o preclaro Mestre: “Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, nº 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I – punição do infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança” Recomenda, todavia, o Mestre, fazendo referência ao seu anteprojeto de obrigações, que esse arbitramento deve ser moderado e equitativo, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (o lucro capiendo).

Não obstante as palavras do mestre e a ampla aceitação jurisprudencial desta teoria, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro deriva da tradição romano-germânica, ela é incompatível com o artigo 944 do Código Civil de 2002. Porque, no direito brasileiro, a

¹⁰ SCHREIBER apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 434.

¹¹ CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 137.

indenização se mede pela extensão do dano. Ademais, a parte final das palavras do mestre demonstra o grande da aplicação do dano punitivo (punives damages) no ordenamento jurídico brasileiro, a falta de moderação e equidade. Fato é que na prática, o arbitramento do dano punitivo gera captação indevida de lucro.

Além disso, diante dessa clara previsão legal do artigo 944 do Código Civil, a teoria do punitive damages não encontra substrato legal no ordenamento jurídico brasileiro. O arbitramento de valores monetários como indenização em descompasso com a extensão do dano causado gera enriquecimento sem causa do lesado, o que é vedado pelo artigo 884 do Código Civil de 2002.

Concluindo, essa crítica também não é procedente, pois o arbitramento do preço do desestímulo não encontra substrato no ordenamento jurídico brasileiro.

O professor Anderson Schreiber, ao abordar o tema, faz uma análise da possibilidade de compatibilização da teoria do punitive damages e o ordenamento jurídico brasileiro, sugerindo o deslocamento do preço do desestímulo para a esfera da sanção administrativa, veja as palavras do mestre ¹².

existem, claro, situações de “microlesões” provocadas por conduta maliciosa e repetitiva, onde a soma global das indenizações compensatórias “não justifica”, em termos econômicos, a adoção de um procedimento mais probo por parte do ofensor. Em tais hipóteses, seria mais difícil imaginar um aumento significativo dos montantes das indenizações compensatórias, mas ainda assim outros instrumentos mostram-se disponíveis sem a necessidade de reformas tão drásticas quanto aquelas que se fariam necessárias para o agasalhamento dos punitives damages no ordenamento brasileiro. Pode-se, por exemplo, estabelecer sanções administrativas, tais como multas e suspensões aplicadas por órgãos reguladores da atividade do ofensor (Banco Central, CVM etc.). O sistema de sanções administrativas possui, a um só tempo, a dupla vantagem de superar o problema do enriquecimento sem causa da vítima - já que o eventual ganho econômico é destinado ao poder público - , e desestimular, de forma muitas vezes mais eficiente, a conduta antijurídica, pelo próprio relacionamento jurídico-político existente entre os agentes lesivos e o órgão regulador de sua atividade.

Sem a pretensão de encerrar o tema, a última crítica a ser abordada é alegação de que o sistema de despatrimonialização contribuiria para o afastamento do lesado da tutela jurisdicional, na medida em que a diminuição natural do arbitramento da indenização pecuniária desestimularia o ajuizamento de ações.

Com todas as vênias aos entendimentos em contrário, a crítica levantada, na realidade, trata-se de virtude. Pois, a realidade hodierna do Poder Judiciário brasileiro, no que concerne às demandas de massa relacionadas a indenização por danos morais, demonstra que

¹² SCHREIBER, op.cit., p. 215.

há uma infinidade de ajuizamento de ações em que o único propósito é a captação de lucro, sem, em muitos casos, a devida ocorrência de dano moral indenizável.

Ademais, a prática jurisdicional de arbitramento de indenizações por danos morais em pecúnia, somada a outros fatores como não observância de efetiva ocorrência de dano moral indenizável, aplicação da teoria do punitive damages, a abordagem quase que mecânica dos tribunais na análise da ocorrência de dano moral indenizável, criaram a denominada indústria do dano moral, prática nociva ao sistema jurisdicional brasileiro.

Embora a aplicação do sistema de despatrimonialização contribua para o desestímulo de ajuizamento de ações, este se dará somente para das demandas consideradas frívolas, ou seja, onde o único fito é auferir lucro, não haverá impacto para demandas onde efetivamente haja dano moral indenizável.

Logo, também, não é procedente essa última crítica.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que diante da adaptação não técnica do dano moral ao instituto da responsabilidade civil, como previsto no ordenamento brasileiro, bem como a importação de institutos aplicados no direito estrangeiro, sem a devida exigência de conformação com as normas brasileiras, faz surgir a necessidade do arbitramento de indenizações não pecuniárias para os casos de ocorrência de dano moral indenizável, como uma das medidas a serem adotadas visando diminuir os efeitos nocivos criados na atividade jurisdicional brasileira, notadamente a denominada indústria do dano moral.

Observou-se que diante do conceito contemporâneo de dano moral como lesão a direito da personalidade, o arbitramento de indenização em pecúnia é incompatível com a própria substância do direito envolvido, pois não há possibilidade de fixação de valor para um direito extrapatrimonial. Ademais, a técnica de arbitramento pecuniário contribui para o ajuizamento das denominadas demandas frívolas, onde o único objetivo do jurisdicionado é auferir lucro com a demanda e não restituir integralmente o dano sofrido.

Verificou-se, também, que o direito brasileiro abarca a possibilidade de arbitramento de indenizações não pecuniárias para os casos de dano moral, inclusive já existindo decisões jurisdicionais proferidas nesse sentido.

Por fim, analisou-se que as críticas três críticas mais comuns proferidas contra a viabilidade do uso de tal sistema não são procedentes, pois, ao contrário, este melhor se

adequa ao sistema de responsabilidade civil previsto no direito brasileiro, notadamente o princípio da restituição integral dos danos.

Por todos esses motivos, é necessária a despatrimonialização do ressarcimento decorrente do dano moral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.