

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – Recurso Especial 1.473.393/SP – 4ª T. – j. 04.10.2016 – v.u. – rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 23.11.2016 – Área do Direito: Civil.

DANO MORAL – Indenização – Programa televisivo que transmite reportagem inverídica com ameaça de morte por falsos integrantes de organização criminosa – Abuso do direito de informar caracterizado pela ausência de viés público e efetivo temor social causado – Verba devida.

Jurisprudência no mesmo sentido

- *RDPriv 85/185 (JRP\2017\506619).*

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: *JRP\2018\944457* e *JRP\2018\973553*.

Veja também Doutrina

- A liberdade de expressão e de imprensa. Homem público. Político. Limites frente à função social da informação, de Luiz Manoel Gomes Júnior e Miriam Fecchio Chueiri – *RT884/111-128 (DTR\2009\719)*;
- Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?, de Cinara Palhares – *RT 878/42-66 (DTR\2008\727)*; e
- Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior – *RDCI 23/24-29* e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos 2/1065-1072 (DTR\1998\551)*.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.393 - SP (2013/0356806-4)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : A A DE ML
ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA - DF013121
CARLOS EDUARDO FARNESI REGINA E OUTRO(S) - SP168711
FELIPE ADJUTO DE MELO - DF019752
FABIANA DO NASCIMENTO SILVA MOURA - SP367645
RECORRENTE : TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A
ADVOGADO : MARCELO MIGLIORI E OUTRO(S) - SP147266
RECORRIDO : O R G
ADVOGADO : LÚCIO PALMA DA FONSECA E OUTRO(S) - SP090479

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PROGRAMA TELEVISIVO. TRANSMISSÃO DE REPORTAGEM INVERÍDICA (CONHECIDA COMO "A FARSA DO PCC"). AMEAÇA DE MORTE POR FALSOS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EFETIVO TEMOR CAUSADO NAS VÍTIMAS E NA POPULAÇÃO. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. *ACTUAL MALICE*. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. A liberdade de informação, sobretudo quando potencializada pelo viés da liberdade de imprensa, assume um caráter dúplice. Vale dizer, é direito de informação tanto o direito de informar quanto o de ser informado, e, por força desse traço biunívoco, a informação veiculada pelos meios de comunicação deve ser verdadeira, já que a imprensa possui a profícua missão de "difundir conhecimento, disseminar cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade".

2. Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.

3. Nesta seara de revelação pela imprensa de fatos da vida íntima das pessoas, o digladiar entre o direito de livre informar e os direitos de personalidade deve ser balizado pelo interesse público na informação veiculada, para que se possa inferir qual daqueles direitos deve ter uma maior prevalência sobre o outro no caso concreto.

4. A jurisprudência do STJ entende que "não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação ('actual malice'), para ensejar a indenização" (REsp 680.794/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010).

5. Apesar do aparente interesse público, inclusive por trazer à baila notícia atemorizando pessoas com notoriedade no corpo social, percebe-se, no

caso, que, em verdade, o viés público revelou-se inexistente, porquanto a matéria veiculada era totalmente infundada, carregada de conteúdo trapaceiro, sem o menor respaldo ético e moral, com finalidade de publicação meramente especulativa e de ganho fácil.

6. Na hipótese, verifica-se o abuso do direito de informação na veiculação da matéria, que, além de não ser verdadeira, propalava ameaças contra diversas pessoas, mostrando-se de inteira responsabilidade dos réus o excesso cometido, uma vez que - deliberadamente - em busca de maior audiência e, conseqüentemente, de angariar maiores lucros, sabedores da falsidade ou, ao menos, sem a diligência imprescindível para a questão, autorizaram a transmissão da reportagem, ultrapassando qualquer limite razoável do direito de se comunicar.

7. Na espécie, não se trata de mera notícia inverídica, mas de ardil manifesto e rasteiro dos recorrentes, que, ao transmitirem reportagem sabidamente falsa, acabaram incidindo em gravame ainda pior: percutiram o temor na sociedade, mais precisamente nas pessoas destacadas na entrevista, com ameaça de suas próprias vidas, o que ensejou intenso abalo moral no recorrido, sendo que o arbitramento do dano extrapatrimonial em R\$ 250 mil, tendo em vista o critério bifásico, mostrou-se razoável.

8. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.

9. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).

10. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.

11. Recurso especial não provido.

COMENTÁRIO

**O MÉTODO BIFÁSICO DO CÁLCULO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS
E SUA ADOÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**
*THE TWO-PHASE METHOD OF NONECONOMIC DAMAGES VALUATION
AND ITS ADOPTION BY BRAZILIAN JURISPRUDENCE*

INTRODUÇÃO

No julgamento do Recurso Especial 1.473.393/SP, a 4ª Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, adotou o chamado *método bifásico* para fixar o valor de "indenização" de danos morais. O caso pode ser assim resumido: um jornalista ajuizou ação de indenização por danos morais contra determinada emissora de televisão e um apresentador dela contratado, em virtude da transmissão de reportagem com informações falsas – episódio conhecido como a "farsa do PCC" – na qual foi veiculada a imagem do referido jornalista (entre outras pessoas) como uma suposta vítima daquela organização criminosa, inclusive com relatos de ameaças de morte. A falsidade das informações causou efetivo temor "nas vítimas e na população", como consta da ementa do acórdão.

Na primeira instância, julgou-se procedente o pedido, com arbitramento do valor indenizatório em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Apreciando as apelações interpostas, o Tribunal de Justiça de São Paulo majorou o valor da indenização para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). No julgamento do Recurso Especial, figurando como recorrentes o apresentador e a emissora de televisão, o STJ fez uso, como também consta da ementa, do método bifásico de estipulação do dano moral, como "valorização do interesse jurídico lesado e circunstâncias do caso". O Recurso Especial não foi provido e a indenização teve seu valor preservado, sendo o montante entendido como de acordo com o *método* em questão. Considerou-se que "o método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso".

Trata-se de decisão que parece conduzir a uma pacificação na jurisprudência da Corte, o que justifica uma observação.

O método bifásico consiste em um cálculo indenizatório segmentado em duas etapas: na primeira, estipula-se um valor "básico", cujo referencial é o bem jurídico atingido (valor objetivo do dano) com base em precedentes jurisprudenciais; e, na segunda, tomam-se em conta as circunstâncias concretas do caso, trabalhando-se aquele valor primeiro para que se chegue à medida final da indenização.

Em julgado anterior, já se disse que essa segunda etapa, com avaliação dos elementos concretos (e subjetivos, em sentido amplo), atende à "determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz"¹.

1. Recurso especial. Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito. *Quantum* indenizatório. Divergência jurisprudencial. Critérios de arbitramento equitativo pelo juiz.

A adoção do método bifásico pelo STJ permite chegar a algumas conclusões:

É possível (ao menos na visão jurisprudencial) calcular um valor do dano extrapatrimonial desprezado (ou, no mínimo, o mais desprezado possível) de fatores subjetivos. A primeira fase se aproxima do processo liquidatório do dano patrimonial, precisamente pela marca comum da objetividade, ou melhor, do afastamento de dados "concretos" relacionados aos sujeitos da relação no dimensionamento do dano.

Quando o STJ adotou o método bifásico, deixou assentada a possibilidade de que os aspectos subjetivos ("circunstâncias concretas") sejam utilizados não propriamente para estabelecer o valor do dano moral, mas, isto sim, para "manusear" um valor já fixado. Esses fatores, assim, não assumem aí um mecanismo de integração ao cálculo apriorístico do *dano*, mas ao ajuste do *valor reparatório*, tão só.

Liquida-se, por primeiro, o dano; depois, já estipulado o seu valor objetivo, observam-se as características concretas, entre as quais a culpa do lesante, para chegar à verba reparatória. Assinala-se, portanto, uma diferença de momentos. Logicamente, já são distintos, mas agora essa distinção mostra-se também no plano cronológico, a partir da adoção do método.

1. O PROBLEMA DA EXTENSÃO DA REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

1.1. *As modalidades de dano*

Preferiu-se abrir o presente item fazendo menção à "modalidade de dano" para evitar a bipartição entre dano patrimonial e dano moral. Afinal, defende-se contemporaneamente a introdução de outra categoria, o *dano estético*, cuja autonomia é reconhecida na doutrina² e na jurisprudência.

A Súmula 387 do STJ, como se sabe, admite a cumulação das indenizações de dano moral e dano estético. Mas essa cumulação, tanto mais porque autorizada por um enunciado de súmula jurisprudencial, não concorre para que, no plano teórico, a categoria seja posta em lugar definitivo. A discussão sobre a pertinência de sua diferenciação relativamente ao dano moral é ainda vigorante e necessária.

Ainda, pode-se dizer que não seria possível afastar cabalmente outras possibilidades, mas o seu baixo grau de confiabilidade teórica parece ser uma justificativa suficiente para, neste trabalho, limitar as categorias de dano à classificação mais ampla: patrimonial e extrapatrimonial. No mais, avançar para elucubrações teóricas tendentes a aceitar outras categorias prejudicaria a pesquisa. Admitir

Método bifásico. Valorização do interesse jurídico lesado e das circunstâncias do caso. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC). 2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R\$ 300,00 (trezentos reais). 3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 4. 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*. 5. 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. 6. 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. [...] (STJ, REsp 1.152.541/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 13.09.2011.)

2. ANCONA LOPEZ, Teresa. *O dano estético*. São Paulo: Ed. RT, 2004. *passim*.

tais possibilidades tornaria necessário, por imperativo de coerência, falar também de situações altamente complexas, como a da responsabilidade sem dano. Evitam-se tais problemas, ainda em vias de solução, posto que já criticados na doutrina com sólida argumentação³.

1.2. A regra da reparação integral e a natureza da reparação

É claro o *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002: "A indenização mede-se pela extensão do dano." O dispositivo consagra a regra da reparação integral. *Le damage, plus rien que le damage*, como no aforismo francês. Duas são as diretrizes extraídas da regra: i) é preciso reparar a integralidade do dano havido, isto é, danos patrimoniais e extrapatrimoniais; e ii) não se há de dar, como valor do crédito titularizado pela vítima, mais do que a integralidade do dano havido.

Há que se atentar ao que diz a lei. O legislador poderia ter adotado outros critérios de estipulação indenizatória, como a situação econômica da vítima e do ofensor, o grau de culpa deste e o nexo de causalidade, mas optou, claramente, pelo critério da extensão do dano⁴.

Seja o dano patrimonial, seja moral, o direito a que faz jus o lesado é de natureza *ressarcitória*. Confundir indenização com pena é retroceder ao direito romano clássico, no qual predominava, sobre a noção de ressarcimento, a de pena. Como se sabe, os sistemas da tradição romano-germânica "têm caminhado historicamente em direção à mitigação do caráter punitivista da responsabilidade civil"⁵, justamente em privilégio ao caráter reparatório dos danos. Essa premissa deve ser sempre levada em conta.

1.3. O dano moral

1.3.1. Conceito

Uma visão comum sobre o dano moral – *rectius*, extrapatrimonial – é a que o identifica como um agravo sério a direito de personalidade⁶ ou ao "patrimônio ideal" do sujeito⁷. Trata-se, nessa visão

3. Para uma crítica à responsabilidade sem dano, Cf. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica – Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015; ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, p. 89-104, jan.-mar. 2016.

4. Nesse sentido, FLUMIGNAN, Silvano. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os *punitive damages*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 104, n. 958, p. 119-147, ago. 2015. Consultada a versão *on-line*.

5. ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil contemporâneo*, v. 12, ano 4, p. 245, jul.-set. 2017.

6. "Nosso entendimento é de que o dano moral assim se qualifica porque os bens aviltados pelo fato que se lhe aponta como causa estão reunidos na natureza humana e compõem as essências, potências e atos da humanidade do ser, ou seja, do homem." (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. II, p. 431); Cf. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII, p. 101.

7. Cf. MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 11).

respeitante ao *bem* atingido, da lesão a um interesse juridicamente protegido⁸, a um bem jurídico não apreciável economicamente⁹.

Em uma focalização diversa, pode-se entender tal dano pelo *efeito*: será, então, o efeito não economicamente apreciável da lesão a um determinado bem jurídico¹⁰. A patrimonialidade ou extrapatrimonialidade de um dano, assim, identifica-se pelo efeito, não pela causa¹¹.

Também tem seu lugar uma visão eclética, ou mista, que adota ambos os sentidos¹². Mas os embates entre essas formas de ver o dano moral não merecem, aqui, uma exploração mais acurada. O dano moral, em seu percurso evolutivo, sempre afigurou noção negativa: à falta de definição precisa, insistia-se naquilo que tal dano *não é*¹³. Importará aqui dizer apenas que o dano moral como lesão a um direito é algo que se relaciona apenas ao chamado dano-evento. Sem um efetivo prejuízo, contudo, não se fecha o suporte fático da regra de reparação, ou seja, não surge o fato típico da responsabilidade civil¹⁴.

Por outro lado, há tempos vem se consolidando a noção de que, para a configuração desse tipo de dano, não é necessário haver dor, sofrimento, humilhação. Trata-se de um passo importante na compreensão dos danos morais, seja no campo puramente teórico, seja no aspecto operativo¹⁵.

1.3.2. O triunfo da reparabilidade

No Brasil do século XX, sua aceitação deu-se primeiramente pelo labor doutrinário e jurisprudencial, ainda que se encontrassem importantes focos de resistência à reparabilidade do dano moral, mais pela falta de previsão expressa do que por oposição pessoal¹⁶. A bem dizer, a doutrina majoritária aceitava a tese da reparação¹⁷, e boa parte da resistência vinha mesmo dos tribunais¹⁸.

8. ROSSETTI, Marco. *Il danno non patrimoniale*: cos'è, come si accerta e come si liquida. Milano: Giuffrè, 2010. p. 3.

9. Aproximadamente, FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos morais no Direito Civil*. Trad. Ferrer Correia. Coimbra: Armenio Amado, 1938. p. 61.

10. Cf. FRANZONI, Massimo. *Il dannoriscibile*. In: FRANZONI, Massimo (dir.). *Trattato della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010. t. II, p. 555; AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. II, p. 729: "Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material." Cf. também DEDA, Artur Oscar Oliveira. *Dano moral (Reparação)*. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 22, p. 292.

11. ROSSETTI, Marco. *Op. cit.*, p. 30.

12. Cf., observando as três perspectivas, e as filtrando criticamente, MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. *RIDB*, ano 3, n. 9, 2014, p. 7081-7084.

13. FIANDACA, Lucrezia. *Il danno non patrimoniale – percorsi giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 1-2.

14. FLUMIGNAN, Silvano. *Op. cit.*

15. Nesse sentido, sugere o Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil do CEJ-JF: "O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento."

O movimento no Brasil espelhava o quadro da doutrina estrangeira. Opositores os mais autorizados não faltaram à reparação do dano moral. Entre eles, costumam ser citados nomes como Chironi e Gabba¹⁹.

Pouco a pouco, contudo, a reparação foi se impondo às legislações²⁰, ainda que inicialmente de forma tímida, como no modelo de ressarcimento de dano moral apenas nos casos expressamente previstos em lei. Assim, por exemplo, a leitura do § 253 do Código Civil alemão (BGB) e do art. 2.059 do Código Civil italiano²¹.

No Brasil, sobreveio, com a Constituição de 1988, a expressa positivação (art. 5º, X), acompanhada, no plano infraconstitucional, pelo Código Civil de 2002 (art. 186 c/c art. 927), soterrando-se de vez por todas qualquer dúvida quanto à reparabilidade desse tipo de dano. A introdução do dano moral é, com efeito, a maior inovação da CF/88 no campo da responsabilidade civil²².

1.4. A reparação do dano moral

Para lá das questões teóricas intrincadas, surge o problema de saber em que consiste exatamente a reparação que se faz quando da ocorrência dessa ordem de dano. Está fora de dúvida que, em sentido técnico, o dano moral não pode ser verdadeiramente indenizado. Indenizar é tornar indene, é excluir o prejuízo.

No dano moral, isso não pode ocorrer. Fala-se, por conseguinte, em uma *compensação*. No prejuízo material, encontra-se um patrimônio prejudicado e se o recompõe ao estado anterior. Já no dano moral, acha-se um patrimônio intocado, e se o eleva, como forma de *compensar* a vítima²³. Evidentemente, a satisfação do dano moral corresponde a uma sanção aproximativa, na medida em que

16. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 236: "Para muitos, entre os quais nos alistamos, o dano moral não é indenizável, em face do nosso direito." E mais adiante (Op. cit., p. 252): "Em face do direito constituído, entendemos não haver lugar para a ressarcibilidade do dano moral, não sendo possível inferi-la de preceitos insulados, e nada explícitos a respeito. Considerando-o, porém, diante do direito a constituir-se, não nos repugna, como a muitos, admitir o ressarcimento de danos morais." (o autor referia-se ao Anteprojeto do Código de Obrigações.)
17. A exemplo de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. LIII, p. 289 ss.
18. "Em resumo poderíamos dizer: a tese da reparabilidade dos danos puramente morais, vencedora, embora, na doutrina dos nossos civilistas, continua encontrando resistência nos tribunais." (ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 241.)
19. Cf. PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. A reparação do dano moral. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, 1995, p. 167.
20. ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 242.
21. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 292.
22. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. In: *Comentários ao Novo Código Civil*. Coord. por TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XIII, p. 33.
23. Assim CAMPOS, Diogo Leite de. A indenização do dano da morte. In: CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 319. Também assim PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 289: "Nada obsta a que se transfira ao lesado, com algum dano não-patrimonial, a propriedade de bem patrimonial, para que se cubra com utilidade econômica o que se lesou na dimensão moral (= não patrimonial)."

"se limita a compensar, dentro das contingências humanas e de modo pragmático, a lesão sofrida pela vítima"²⁴.

A grande celeuma, contudo, não está propriamente na qualificação técnica da reparação do dano moral, mas no cálculo de seu valor, diante do fato de tal dano "não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial"²⁵. Uma certeza há: ao dano moral aplica-se o disposto no *caput* do art. 944 do CC/2002: "a indenização mede-se pela extensão do dano." Evidentemente, surge daí mesmo o problema de saber qual é a extensão do dano.

Entre os critérios já sugeridos, podem-se mencionar o da tarificação legal e o do arbitramento. Este último, como se sabe, é o vitorioso. Contra o imobilismo do critério da tarificação, a doutrina e a jurisprudência se insurgem²⁶. No plano legislativo, já houve propostas no sentido de reintroduzir tal critério, mas foram rejeitadas. Os Projetos de Lei 7.124/2002 e 1.443/2003, nesse sentido, encontram-se arquivados.

A sobrevivência do critério do arbitramento judicial, contudo, não é imune a críticas, especialmente quanto ao poder que se transfere ao juiz na apuração do montante do dano. A crítica é por demais conhecida, e não vale repisá-la. Os problemas passam a centrar-se, pois, no próprio arbitramento: como se faz e a que finalidades atende.

1.4.1. Dano moral e cálculo equitativo

Refere-se, muito comumente, que o critério que preside a liquidação do dano moral é o da equidade. A estipulação da verba reparatória seria, assim, feita de maneira equitativa²⁷. Iguamente se posiciona o próprio acórdão em comento.

Há quem extraia essa visão do disposto no art. 953 do CC/2002²⁸, que remete mesmo para uma aplicação equitativa no cálculo indenizativo²⁹. Poder-se-ia também retirar tal interpretação do art. 944, parágrafo único, do CC/2002³⁰, que reconduz a aplicação ao critério equitativo.

Ao que parece, a equidade, cujo significado é de tão difícil alcance, assume no campo da reparação dos danos morais o papel de um *guarda-chuva*, apto a recolher, em si, todas as circunstâncias do caso concreto, que teriam de ser necessariamente levadas em conta no cálculo. E, para quem defende esse critério (equidade), é comum o recurso a regras de indenização que dele fazem uso (como os mencionados arts. 944 e 953).

Diante disso, elementos como grau de culpa do ofensor, potencialidade econômica do lesado e do lesante, entre outras circunstâncias, seriam computados³¹. O raciocínio é singelo: não havendo a pos-

24. PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Op. cit., p. 185.

25. AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 730.

26. Também na VI Jornada de Direito Civil do CEJ-JF sugeriu-se no Enunciado 550 que "a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos".

27. Assim, na doutrina italiana, ROSETTI, Marco. Op. cit., p. 3.

28. "Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso."

29. Cf. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 348 ss.

30. "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, equitativamente, a indenização."

31. "Portanto, avaliando a conduta lesiva, o grau de culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do evento lesivo e ponderando, ainda, a respeito das possibilidades do obrigado, o juiz compõe,

sibilidade de aferir economicamente o dano moral, o "aumento" patrimonial a título compensatório deve considerar todas as circunstâncias à disposição do aplicador do direito. De modo geral, essa visão vem acompanhada da tese de que nos danos morais deve-se acrescer um valor de desestímulo ao lesante, ou mesmo de punição.

Todavia, que problemas esse entendimento oferece?

Em primeiro lugar, adiante-se algo sobre o art. 953: não há concordância na doutrina sobre se a indenização ali prevista diz respeito realmente a danos morais. Pode-se defender a hipótese de que se trata de um arbitramento equitativo de danos patrimoniais.

Por outro lado, o art. 944, parágrafo único, diz respeito à *redução* da indenização por equidade. Uma equidade que, segundo se entende, sequer assume o seu sentido teórico-filosófico (sentido próprio), consistindo, mais acertadamente, numa espécie de sinônimo de "proporcionalidade". De todo modo, não é possível, a partir do art. 944, defender o "aumento equitativo da indenização" ou mesmo a "modulação equitativa da reparação". Trata-se de uma redução, somente, em face da desproporção entre extensão do dano e gravidade da culpa.

Tanto é assim que, em proposta de alteração legislativa (PL 6.960/2002), sugere-se a inserção de um § 2º ao art. 944, para expressamente afirmar que "a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante"³².

Pois bem. Percebe-se que nenhuma das regras oferecidas como base do "cálculo equitativo" do dano moral assume realmente esse sentido sistemático.

No entanto, ainda que se defenda o uso da equidade livre dessas regras que dela parecem fazer uso – isto é, ainda que se defenda o cálculo equitativo do dano moral independentemente de um qualquer lastro positivo³³ –, entende-se que essa "equidade" quer corresponder apenas ao agir prudential do magistrado, e não ao uso de todas as variáveis do caso concreto para fins de estipulação da indenização.

Seja como for, avançar para essa "palavra-válvula", como a define Pontes de Miranda³⁴, pode significar, na realidade dos processos de tomada de decisão, uma forma de usar de subjetivismo na fixação indenizativa. É evidente que sempre, no cálculo do dano moral, ingressará um certo subjetivismo. Mas isso não pode levar à tese de que todas as variáveis subjetivas (isto é, que envolvem os sujeitos da relação jurídica) devem ser manejadas.

Pense-se, por exemplo, no grau de culpa do agente. Esse critério somente é autorizado pelo já referido art. 944, parágrafo único, do CC/2002. É caso excepcional de recurso a um critério subjetivo. Acredita-se que esse dispositivo é aplicável a qualquer modalidade de dano, inclusive o dano moral. E veja-se: quem sustenta opinião diversa costuma valer-se justamente da ideia de que o dano moral já comporta um cálculo equitativo, a incluir a avaliação do grau de culpa.

com prudência, a norma individualizada a ser aplicada ao caso concreto. São esses os fatores que possibilitam a solução justa." (PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Op. cit., p. 194.)

32. Há, em sentido diverso – e errôneo – o Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil, no seguinte sentido: "O art. 944, *caput*, do CC/2002, não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil."

33. Assim PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Op. cit., p. 192: "O juiz deve compor a norma individualizadora da reparação dos danos morais. Seu critério é sempre o da equidade."

34. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. II, p. 482.

Em outros termos, por essa tese, seria pouco útil defender a aplicabilidade do art. 944, parágrafo único, do CC/2002, ao dano moral, porque este já é mesmo estimado via equidade, comportando sempre uma análise das circunstâncias concretas, inclusive o grau de culpa do agente³⁵. Discorda-se. O dano moral, ainda que se defenda sua estimação sempre pelo "prudente arbitrio", nem por isso comporta a análise do grau de culpa do lesante.

O problema, contudo, remanesce. Trata-se agora de entender o que, afinal, leva a crer que para a estipulação do dano moral devem ser manejadas todas as circunstâncias concretas. Tudo parece dizer respeito, em verdade, não às regras estampadas no Código, mas sim a uma plêiade de *funções* que se têm conferido ao dano moral.

1.4.2. A natureza da reparação e o cálculo do dano moral

Dificuldades há, e evidentes, na composição do dano moral. Mas sua função deve ser bem compreendida. Se se admite, no dano moral, uma função diversa da que corresponde à reparação do dano patrimonial, está-se a afastar do sistema de responsabilidade civil a reparação do dano moral. É como se se criasse um sistema autônomo, composto por outros elementos, e outras funções: um sistema próprio do dano moral, destacado da base epistemológica da responsabilidade civil, como se a tem entendido, no padrão de *civil law*, há séculos.

O que se quer dizer é que uma eventual graduação indenizatória, feita para atender a interesses diversos do de ressarcimento, configura já um desvio relativamente ao sistema da responsabilidade civil³⁶ e à supracitada regra de reparação integral *do prejuízo*, qualquer que seja.

Infelizmente, vê-se no Brasil uma exagerada defesa da tese de que o dano moral carrega em sua essência uma função que vai além da mera compensação. Especialmente nos tribunais, ganhou muita força a ideia de que na reparação do dano moral deve-se calcular um valor reparatório – é claro –, mas também um *plus* a título de desestímulo ao ofensor, isso quando há não também uma verba majorada a título de verdadeira punição. O entendimento não é novo, e já se sustentou inclusive com lastro no direito natural³⁷.

Com isso, ingressou no sistema a ideia de que há, especialmente no dano moral, uma *qualidade* que exige indenização alargada, para incluir não apenas um valor de compensação à vítima, mas também o chamado "preço" ou "valor" do desestímulo. Amplamente aceita, a tese encontra poucas manifestações em contrário.

É claro que o cálculo da reparação de danos morais não é nada simples. A questão que fica é a seguinte: o que, no sistema jurídico, autoriza que se conceda valor indenizatório com uma função punitiva? Ao que se entende, nada. Como se afirmou, submete-se o dano moral, inteiramente, a um

35. Cf. as considerações, a respeito desse dispositivo, de GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentário ao art. 944. In: PELUSO, César (Coord.). *Código Civil comentado – Doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo/Barueri: Manole, 2014. p. 892-894.

36. "Se, como acreditamos, a reparação do dano, qualquer que seja o seu fundamento [...] consiste na restituição do prejudicado à situação anterior, a graduação da indenização, inseparável do sistema de pena privada, resulta em negação desse princípio, o que não se justifica, porque a desejada prevenção que ela asseguraria se encontra na própria reparação, sem sacrifício do princípio da restituição." (AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 736.)

37. "Além do efeito satisfatório para o lesado, cumpre desestimular condutas antijurídicas [...]. A sanção é desagravo à ofensa, tendo caráter satisfatório e punitivo. É o que preconiza o *jus naturae*." (PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Op. cit., p. 185.)

sistema de responsabilidade civil, cujo subsistema de liquidação do dano tem como regra reitora a da reparação integral (art. 944, *caput*, CC/2002).

Pode-se dizer que a tese referida – função punitiva dos danos morais – corresponde a uma importação acrítica – e equivocada³⁸ – da doutrina anglo-americana dos chamados *punitive damages*. Por influência dessa tradição, aportou no Brasil, há não pouco tempo, a tese que aponta os danos morais como *exemplary damages*.

Existe, é claro, uma grande diferença entre “função punitiva” brasileira e os *punitive damages*³⁹. Em termos mais precisos, pode-se dizer que a mera aceitação de uma função punitiva não corresponde necessariamente a uma importação completa da doutrina dos *punitive damages*.

Seja como for, há uma aproximação, a qual, acredita-se, é fruto de um *legal transplant* incorreto e descuidado e, mais ainda, desnecessário em face da base amplíssima e genérica que a reparação dos danos morais assumiu no Brasil desde sua positividade, constitucional e infraconstitucional⁴⁰⁻⁴¹.

Os *punitive damages* não resistem, no Brasil, a um importante obstáculo: a falta de previsão normativa. A bem dizer, mesmo no sistema de *common law*, a tese defensora dos danos punitivos encontrou, desde o nascedouro, importantes focos de resistência e, como se verá adiante, ainda hoje – e cada vez mais – um bloqueio de constitucionalidade.

1.5. Os *punitive damages*

Desde o século XVIII, a jurisprudência anglo-americana consagrou, no nascedouro da reparação dos danos morais, os chamados *punitive damages*. Na Inglaterra, o caso *Huckle v. Money*, de 1763, é paradigmático, enquanto que nos EUA tal papel de marco costuma ser atribuído ao precedente *Genay v. Norris*, de 1784.

A configuração dos *punitive damages* é recheada de particularidades. Sua concessão serve para punir a malícia de um agente e para evitar a reiteração de condutas reprováveis, detendo o ofensor⁴². Há, pois, uma dupla finalidade (*punishment* e *deterrence*).

38. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 7093-7094: “Os *punitive damages* alegadamente aplicados no contexto brasileiro guardam muito pouca similitude com o instituto vigente nos Estados Unidos, sendo suas bases e os seus requisitos desvirtuados ao longo do caminho.”

39. FLUMIGNAN, Silvano. Op. cit. Segundo o autor, “a função punitiva do dano moral não implica aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro”.

40. MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista do CEJ*, n. 28, p. 22, jan.–mar. 2005: “O paradoxo está em que, presente o efetivo modelo brasileiro de reparação do dano extrapatrimonial, vigente desde 1988, não há como explicar a fortuna crítica da doutrina dos *punitive damages* senão por certos traços culturais, que fazem da imitação do ‘estrangeiro’ (antes, o francês; agora, o alemão e o norte-americano) um critério de virtude intelectual, quiçá mesmo cívica.”

41. Diferente é o caso italiano, por exemplo, já restrito em sua base positiva infraconstitucional. Mesmo naquele país, contudo, há que se discutir o recurso a regras e princípios constitucionais como sustentáculo de uma interpretação das regras relativas à responsabilidade civil (Cf., a tal propósito, NAVARRETTA, Emanuela. *Il danno non patrimoniale nella responsabilità extracontrattuale*. In: NAVARRETTA, Emanuela (Org.) *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 7-8). Evidentemente que, apesar de interessante, esse debate não é central a este texto. Virá mais adiante, contudo, um problema aproximado que se enfrenta no Brasil, de cariz metodológico, e que pode ter severas implicações no processo interpretativo das regras de responsabilidade.

42. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 193.

Essa punição, especialmente, "reclama que a conduta revele extrema reprovação social"⁴³. Outra particularidade está na natureza dos *punitive damages*, que é penal (muito embora tal modalidade esteja inserida entre as sanções civis), o que garante a aplicação das limitações constitucionais atribuíveis às penas advindas de decisões criminais⁴⁴.

No Direito norte-americano, verifica-se uma cisão entre o dano moral (*non-economic damages*), "cujo caráter é compensatório à vítima, e a indenização punitiva (*punitive damages*), categoria res- trita, inconfundível com o dano moral e cabível, dentro de limites constitucionalmente impostos, em face do alto grau de reprovabilidade social da conduta do ofensor, a ser aferido pelo júri"⁴⁵. Trata-se de uma distinção estrutural não verificável no Brasil⁴⁶.

Os *punitive damages*, assim, têm caráter excepcional e cada vez mais demarcados constitucionalmente. É sempre necessário abrandar o "encantamento" causado pelo instituto e recordar que foi o seu uso abusivo uma das mais relevantes causas da "crise" da responsabilidade civil enfrentada nos Estados Unidos da década de 1980⁴⁷. Sem dúvida, sua aceitação em qualquer sistema exige uma previsão específica e um aparato adequado de recepção.

1.6. A aparente ilegalidade da indenização punitiva no Brasil

1.6.1. Falta de autorização e os problemas da punição "à brasileira"

Não há, no sistema jurídico brasileiro, autorização para a função punitiva atribuída aos danos mo- rais. As eventuais aproximações legislativas, além de pouco adequadas, não desnaturam a afirmação de que falta, no país, uma previsão *expressa* sobre essa "categoria"⁴⁸. O acordo quanto a isso cons- titui um importante passo no deslinde do problema. Entender coisa diversa corresponderia a retirar da legislação sua vinculatividade⁴⁹.

Por outro lado, nada, na essência dos danos morais, permite essa funcionalização⁵⁰. Uma aproximação com a doutrina anglo-americana dos *punitive damages* mostra-se descolada da realidade normativa⁵¹.

43. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 194.

44. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 196.

45. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 7093.

46. ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Op. cit., p. 236. Os autores explicam que no Brasil não há uma distinção entre a parcela ressarcitória e a punitiva da indenização. É que, no Brasil, "a pena privada se constitui de critérios de quantificação da indenização, e não de estrutura indenizatória autônoma" (Op. cit., p. 235).

47. Cf. JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional. *Prisma Jurídi- co*, v. 15, n. 2, p. 231, jul.-dez. 2016.

48. JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Op. cit., p. 237.

49. Cf., nesse sentido, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr.-jun. 2004.

50. "[...] não há caráter punitivo insito às indenizações por dano extrapatrimonial, as quais devem ser fixadas tendo em vista exclusivamente a extensão do dano sofrido pela vítima." (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 7093.)

51. "[...] à noção brasileira de dano moral a jurisprudência e parte da doutrina introjetaram um caráter puni- tivo em que ressoa – ainda que equivocadamente – o instituto dos *punitive damages*." (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 7093.)

Nesse sistema, como se afirmou, há um desenho institucional específico apto a abrigar uma função punitiva da responsabilidade civil em certos casos.

Nem se poderia, aqui, defender a função punitiva do dano moral com base, por exemplo, em princípios como a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana, dimanados da Constituição Federal. Essa visão é perigosa, pois acaba retirando a necessária vinculatividade das regras jurídicas em prol da "realização" de valores constitucionais. O que leva a uma situação insustentável do ponto de vista institucional. Todo caso, por mais que haja regras aplicáveis, torna-se potencialmente um caso difícil⁵². Afinal, se é preciso realizar o "projeto constitucional" em toda e qualquer oportunidade – isto é, em toda e qualquer tomada de decisão –, então, será inevitável o choque de realidades normativas: de um lado, o aparato de regras que poderiam prontamente solucionar o caso; de outro, a ampla sorte de compromissos constitucionais a incidir no caso.

Além disso, no que toca especificamente à dignidade da pessoa humana, tem ficado cada vez mais claro que o seu uso se tornou abusivo no Brasil, e concorre mesmo para decisões divergentes a respeito do mesmo assunto, em razão do baixíssimo grau de densidade desse princípio⁵³.

No tema em análise, pode-se dizer que, se os valores da solidariedade e da dignidade da pessoa humana têm de ser considerados na tomada de decisão a respeito de indenização por danos morais, então poder-se-á defender tanto a aplicação da função punitiva quanto a sua não aplicação. É evidente que essa situação não se sustenta.

Há regras sobre responsabilidade civil e, entre elas, nenhuma comporta uma autorização genérica para dar à reparação de danos morais um caráter punitivo. Seu caráter é compensatório⁵⁴. E não adianta argumentar com a ideia de que a indenização punitiva serve à melhor tutela dos direitos de personalidade: à falta de lei expressa, essa tese mostra-se insuficiente. Há aí, no máximo, uma sugestão ao legislador⁵⁵, para que venha, por meio de um necessário debate político, a incluir na legislação aquilo que certamente ela, hoje, não comporta.

A visão que empresta aos danos morais um sentido punitivo é errônea, e fruto de desvios metodológicos ora mais amplos – como o que se comenta –, ora mais específicos, restritos ao campo da responsabilidade civil, como se indicará a seguir.

1.6.2. A crise da responsabilidade civil e o sucesso da função punitiva

De quanto se disse vem a conclusão: a fixação de uma função punitiva dos danos morais – ou mesmo da responsabilidade civil como um todo – no Brasil, só poderia ocorrer por meio de uma reforma legislativa⁵⁶. Por sinal, a existência de proposta de alteração legal para positivar o caráter

52. LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 9, n. 33, p. 131-136, out.-dez. 2015.

53. LEAL, Fernando. *Op. cit.*, p. 143.

54. Nesse sentido, novamente MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 7099: a resposta "mais congruente com o sistema de Direito positivo brasileiro [...] está na sua função compensatória, afastada a função punitiva da responsabilidade civil por não ser compatível com o nosso sistema constitucional e civil, ainda que esteja pontualmente presente em outros institutos do Direito Privado".

55. Assim ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. *Op. cit.*, p. 245.

56. "[...] independentemente da forma que a indenização toma, deve ser ela precedida por lei, pois a exigência de cominação legal prévia aplica-se ao gênero das penas, e não apenas a uma das espécies de punição." (ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. *Op. cit.*, p. 243.)

punitivo do dano moral (acréscimo de um § 2º ao art. 944 do CC/2002) deixa clara sua inexistência, até o presente momento, no direito brasileiro.

A que se deve, então, o sucesso da tese da função punitiva do dano moral no país? Acredita-se que esse problema esteja relacionado a algo mais amplo: a crise de pressupostos da responsabilidade civil, a que se pode denominar "crise epistemológica" do instituto.

Segundo Otavio Luiz Rodrigues Junior, o movimento de flexibilização dos pressupostos da responsabilidade civil pode ser explicado – também – pelo ingresso de fatores metajurídicos nesse campo. Há elementos socioeconômicos a elucidar esse último fenômeno: "Em países pobres, o sancionamento de ilícitos delituais converteu-se, para além de sua função estritamente jurídica, em uma resposta involuntária do sistema judiciário a toda uma sorte de deficiências regulatórias na prestação de serviços públicos e privados."⁵⁷ E ainda: "A responsabilidade civil assume um papel de agente involuntário de distribuição de renda, o que não é sua função histórica e jurídica, muito menos é uma perspectiva que lhe permita sobreviver como um instituto jurídico autônomo."⁵⁸

O autor louva-se em outros doutrinadores para defender esse ponto de vista, como Gustavo Tepedino, para quem "tão grave quanto a ausência de reparação por um dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo-se do agente uma nova vítima"⁵⁹.

Esse desvirtuamento funcional da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro deve ser combatido. Afinal, aproximações com modelos da matriz de *common law*, especialmente o norte-americano (e, aí, principalmente em face dos *punitive damages*), são absolutamente impróprias, considerando-se as peculiaridades desse sistema, que o diferenciam, desde a gênese, do padrão de *civil law*⁶⁰.

2. UMA BREVE APRECIÇÃO CRÍTICA SOBRE A "SEGUNDA FASE" DO CÁLCULO NO MÉTODO BIFÁSICO

2.1. Por que, no caso de dano extrapatrimonial, é necessária a "aplicação" da segunda fase?

A adoção da "segunda fase" na estipulação do valor reparatório do dano extrapatrimonial, do modo como é proclamada pelo STJ, parece ser explicada por uma suposta diferenciação dessa modalidade de dano, como se suas características particulares autorizassem a aferição de um montante superior ao do "efetivo" dano.

No entanto, na realidade, não se localiza essa diferenciação ontológica que autorize a existência de uma segunda fase, no cálculo da reparação de uma modalidade de dano e não o autorize no cálculo da reparação de outra modalidade.

Não se está a negar uma diferenciação entre dano patrimonial e dano moral. É evidente que tal diferença existe, e a secção de categorias é um imperativo científico. Mas, daí a extrair efeitos

57. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, ano 3, p. 116, jul.-set. 2016.

58. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit., p. 117.

59. TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de direito Civil*, v. 24, 2004.

60. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit., p. 117.

tão diferentes, como uma serie de critérios "a mais" para o cálculo da reparação de dano moral, não é algo correto.

No fundo, parece que a celeuma existente quanto ao dano moral reside mais na dificuldade do cálculo do que em traços essenciais dessa categoria. A "fuga" para os fatores subjetivos (que persiste, e até com maior força, agora com adoção do método bifásico) não aparenta estar rigorosamente justificada pelo só fato de o dano moral ser um agravo a direito de personalidade⁶¹.

Isso tanto mais se agrava quando, entre tais fatores subjetivos, ingressa no "cálculo" o elemento intencional do agente, como se a reprovabilidade da conduta servisse, na responsabilidade civil, para criar espécie de sanção.

2.2. Síntese: a "segunda fase" como suprimimento retórico

Parece, com efeito, que esse recurso traduz muito mais o estado de insegurança "técnica" que se instalaria caso o cálculo se limitasse à primeira fase (ou seja, caso não ingressassem na estipulação da verba os "fatores subjetivos").

A ideia de que o cálculo da reparação do dano extrapatrimonial exige o cômputo de elementos concretos e subjetivos porque esses danos são ofensas a direitos de personalidade traduz, então, uma espécie de suprimimento argumentativo, muito apto a cobrir o ônus deixado pela supervalorização dos mesmos fatores subjetivos.

Essa situação, contudo, precisa ser sustentada com clareza: ou se assume uma posição quanto ao dano moral, ou, omitindo-a e tudo disfarçando sob a veste da "dificuldade de cálculo", provoca-se uma confusão cada vez maior.

Acredita-se que não existe na ontologia do dano moral uma justificativa válida para essa derivação tão diferente de efeitos jurídicos. Não há no só agravo a direito de personalidade uma exigência *repressiva* que autorize valores diferentes do valor objetivo do dano (cuja possibilidade de cálculo parece ter sido confirmada no julgado do STJ que adotou o método bifásico).

Entender ser sempre possível essa "segunda fase", e tendo bem fixado que na primeira é obtido o valor objetivo do dano, significa entender que em qualquer caso de dano extrapatrimonial o valor compensatório não se pode limitar ao dano. Não é possível fugir dessa realidade.

Um estudioso pode até criticar, por exemplo, a utilização de fatores subjetivos, como a culpa do agente, na estipulação do valor do dano moral⁶². Mas, caso esse mesmo autor defenda a "segunda fase" do cálculo, para a qual devem então se deslocar os tais elementos subjetivos, estará simplesmente concordando com o uso de fatores subjetivos no cômputo total da verba reparatória.

Em outros termos, nenhuma diferença existe, ao que se crê, entre (a) defender um cálculo de dano moral *unifásico* com ingresso de fatores subjetivos e (b) defender um cálculo *bifásico* com fatores objetivos na primeira fase e fatores subjetivos na segunda. Para o fim das contas, de toda sorte, o valor indenizatório alcançado não se limita ao dano.

Significa, pois, em todo caso, afastar a incidência do art. 944, *caput*, do CC/2002. É que, se esse dispositivo a) afirma que a indenização se mede pela extensão do dano e b) não distingue o dano

61. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 183.

62. Parece ser a posição de ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 236.

material do dano moral (nem de qualquer outra modalidade), então conclui-se: o afastamento puro e simples dessa regra em caso de dano moral não é admissível.

Alegar que dano moral, por ser "mais grave" que dano patrimonial, exige uma dilargada recomposição (relativamente a este último) não é diferente de defender a aplicação da doutrina dos *punitive damages*. Pelo menos do ponto de vista dogmático, existe uma identificação: ambas as defesas (dano moral exigindo composição mais ampla, lastreada em elementos subjetivos; e punição àquele que causa dano moral) são, no fundo, um rompimento com o princípio da reparação integral.

Poder-se-ia objetar dizendo que a efetiva e integral reparação do dano moral exige uma avaliação de dados subjetivos. Esse argumento, em verdade, é pouco seguro, quase falacioso. Reconduz à proposição original e retoma, como fosse argumento válido, o ponto justamente atacado.

Pelo atual sistema brasileiro de responsabilidade civil (art. 944, *caput*, do CC/2002), a integral reparação do dano é a que se dá na exata medida desse mesmo dano. E medida objetiva. Sem recurso – senão excepcional – ao conteúdo subjetivo da relação jurídica formada. O STJ, adotando o método bifásico, comprova a possibilidade (por muitos até então negada) de um cálculo objetivo. Essa comprovação, somada à continuidade da exigência de elementos subjetivos, cria uma contradição como os termos da lei.

Se os tais fatores já não são mais necessários para que se chegue ao valor do dano, então eles (os fatores) assumem necessariamente um papel complementar. Correspondem a um atendimento de anseios mais sociais do que técnico-jurídicos ou, quando muito, a uma forma de evitar que a adoção do "novo" método seja vista como um abandono dos tão apreciados elementos subjetivos.

Na realidade, sempre que o valor final da reparação (= valor do crédito) não corresponder ao valor objetivo do dano (qualquer dano), há rompimento com o princípio da reparação integral. Não importa se o valor reparatório é menor ou maior que o valor estipulado do dano. O descompasso contradiz a máxima "*le domage, plus rien que le domage*". Máxima esta que só pode ser declarada inútil diante de uma instrumentalização da responsabilidade civil e de uma diluição de suas bases conceituais.

Tentativas de abrigar valores superiores de reparação sob a rubrica da reparação integral (como sói ocorrer) são fruto ou de desatenção aos conceitos elementares da responsabilidade civil ou do intuito de justificar, sem risco de uma fratura metodológica "exposta", uma decisão tomada *a priori*. Todavia, é inútil. Essa fragmentação metodológica ocorre no exato instante em que se passa a utilizar a base conceitual mínima da responsabilidade como um palco dotado de elasticidade, acomodável a quaisquer discursos. Não pode ser assim. Instrumentalização da responsabilidade civil pode até ser defendida, desde que se diga com clareza e se suporte o ônus de uma argumentação coerente.

BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI

*Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco –
Universidade de São Paulo. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo.
avila.borgarelli@gmail.com*