

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EBD
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**CONDIÇÃO ECONÔMICA DO OFENDIDO PARA A CONCREÇÃO DO
DANO MORAL
UMA REFLEXÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE**

**BRASÍLIA
DISTRITO FEDERAL - BRASIL**

2019

CLAUDIO CHAVES

**CONDIÇÃO ECONÔMICA DO OFENDIDO PARA A CONCREÇÃO DO
DANO MORAL**

UMA REFLEXÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado da Escola de Direito de Brasília como
requisito parcial para obtenção do título de
mestre em Direito Constitucional

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco (Orientador)

Prof. Doutor: Rafael Silveira e Silva

Prof. Doutor: Ricardo Villas Bôas Cueva

BRASÍLIA

DISTRITO FEDERAL - BRASIL

2019

CLAUDIO CHAVES

**CONDIÇÃO ECONÔMICA DO OFENDIDO PARA A CONCREÇÃO DO
DANO MORAL**

UMA REFLEXÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado da Escola de Direito de Brasília como
requisito parcial para obtenção do título de
mestre em Direito Constitucional

BRASÍLIA

DISTRITO FEDERAL - BRASIL

2019

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, cujo amor que me despertam supera toda e qualquer expectativa;

Aos meus irmãos, Guilherme e Eduardo, pelas palavras encorajadoras, quando o cansaço me dominava;

E à minha querida Lígia por ter me apoiado sempre nesta longa empreitada.

AGRADECIMENTOS

Ao concluir este trabalho, sinto que o crescimento pessoal que ele me proporcionou transcende e muito a seara acadêmica. Tal crescimento só foi possível diante de grandes colaborações pessoais e profissionais, sem as quais o resultado não teria sido atingido.

Agradeço aos Professores do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, que me instigaram neste longo caminho, ofertando suas experiências que muito contribuíram para o trabalho.

Sem dignidade, nossas vidas são apenas lampejos efêmeros. Mas se nós conseguimos conduzir bem uma vida, nós criamos algo mais. Nós deixamos uma assinatura embaixo da nossa mortalidade. Nós transformamos nossas vidas em pequenos diamantes nas areias do cosmos.

Ronald Dworkin (2012)

RESUMO

Inicialmente a dissertação aborda o conceito de equidade, utilizando, para tanto, definições trazidas por autores que viveram em períodos históricos distintos. Busca-se atingir um conceito de equidade suficiente para nortear os capítulos subsequentes, sem, contudo, ambicionar o esgotamento do tema. Após, se apresenta a conceituação dada pelo ordenamento jurídico brasileiro do dano decorrente de abalo moral, bem como o apontamento de suas especificidades. Destaca-se a dificuldade em se definir de forma objetiva e justa o valor indenizatório nesses tipos de demanda. Diante de tal problemática, se buscou socorro na atual jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que aplica o chamado método bifásico de concreção do dano moral. Passa-se, então, a conceituar e examinar de forma pormenorizada as características do mencionado método. Ato contínuo, é destacado um dos critérios utilizados pelo método bifásico para a concreção do dano moral, qual seja a “análise da capacidade econômica e social do ofendido”. Por fim, se busca verificar se tal critério está em consonância com o princípio constitucional da equidade.

Palavras-chave: Equidade. Dano moral. Valor indenizatório. Método bifásico. Capacidade econômica e social. Quantificação do dano moral.

ABSTRACT

At first, the dissertation addresses the concept of equity, using, for this purpose, definitions presented by authors who lived in different historical periods and contexts. The aim is to assemble a concept of equity that is adequate to guide the subsequent chapters; it does not, however, pursue to develop the theme completely. Later, the conceptualization given by the Brazilian legal system relative to damage resulting from moral disturbance is presented, as well as its specificities. The study points out the difficulty to define the indemnity value in these types of claims in a fair and objective manner. In the face of this issue, assistance was sought in the current case law settled in the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) that applies the so-called biphasic method of concretion of the moral damage. Thereafter, it proceeds to conceptualize and examine in a detailed way the features of the indicated method. Following, one of the criteria used by the biphasic method of concretion of the moral damage is highlighted, specifically, the “analysis of the economic and social capacity of the offended person”. Finally, the ultimate goal is to verify if such criteria is in accordance with the constitutional principle of equity.

Keywords: Equity. Moral damages. Indemnity value. Biphasic method. Economic and social capacity. Quantification of moral damage

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Julgamentos divulgados pela imprensa oficial do STJ	40
Tabela 2 – Jurisprudência comparativa	63

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

EC – Emenda Constitucional

CC/02 – Código Civil de 2002

CC/16 – Código Civil de 1916

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

MIN. – Ministro

MP – Medida Provisória

OMS – Organização Mundial da Saúde

PL – Projeto de Lei

Rel. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SUMÁRIO

I	INTRODUÇÃO	12
II	EQUIDADE	16
	II.I. Etimologia	16
	II.II. Conceito	18
	II.III. Exemplos da aplicação do princípio da equidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	21
	II.III.a. Código Civil	22
	II.III.b. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.....	23
	II.III.c. Constituição Federal 1988	25
III	DANO MORAL	28
	III.II Dificuldades para a concreção do dano moral.....	32
	III.II.a Tarifamento legal como ferramenta para a concreção do dano moral	34
	III.II.b O arbitramento subjetivo do julgador como forma de concreção do dano moral..	37
IV	MÉTODO BIFÁSICO PARA CONCREÇÃO DO DANO MORAL	40
	IV.I Critérios analisados na Primeira Fase	41
	IV.II Critérios analisados na Segunda fase da Teoria	43
	IV.II.a Dimensão do dano.....	45
	IV.II.b Culpabilidade do agente (intensidade do dolo ou grau de culpa)	46
	IV.II.c Culpa concorrente da vítima.....	48
	IV.II.d Condição econômica do ofensor.....	49
	IV.II.e Colocação social, política e econômica da vítima.....	51
	IV.III Enriquecimento sem causa	52
V	CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA E POLÍTICA DA VÍTIMA SOB A ÓTICA DA EQUIDADE	56
	V.I Minoração do dano.....	58
	V.II Majoração do dano	59
VI	ESTUDO DE CASO	61
	VI.I Explicação do processo escolhido	61
	VI.II Objeto e histórico do processo.....	62
	VI.III Análise da aplicação do método bifásico.....	63
	VI.III.a Primeira fase.....	64
	VI.III.b Segunda fase	66
VII	CONCLUSÃO	69
VIII	BIBLIOGRAFIA	74

I INTRODUÇÃO

O direito sempre buscou estabelecer um equilíbrio harmônico em prol da contenção de conflitos de interesses, afastando a atuação exclusivamente privada do indivíduo a fim de alcançar um senso de justiça coletivo.

Nas hipóteses em que um indivíduo transgredir determinado preceito jurídico, haverá uma consequente responsabilização pelos danos causados; em conformidade, aliás, com noção hoje assente em todo mundo civilizado.

Em tais hipóteses, deverá o Estado, por meio da efetivação de sua tutela jurisdicional, promover essa responsabilização, se utilizando, para tanto, das ferramentas disponíveis no ordenamento jurídico e elaboradas pelo legislador.

Cabe ao Estado, portanto, restabelecer o equilíbrio harmônico da sociedade, a fim de solucionar os conflitos de interesse e resgatar o ideal de justiça.

Esse senso de justiça pressupõe uma sociedade baseada em uma busca constante de equidade,¹ em que haja uma análise da legislação a ser aplicada sem, contudo, se afastar da razão social desta. Essa análise se faz necessária em razão da existência de casos singulares que não são abarcados pela declaração normativa.

O trabalho busca, nesse ponto, abordar o conceito de equidade e apresentar uma delimitação do tema, para o quanto interessa ao debate.

Após, adentra a complexa tarefa de quantificar, com equidade, o dano extrapatrimonial,² perpassando pelo conceito de danos

¹ (...) a igualdade é essencialmente justiça como regularidade. Implica a aplicação imparcial e a interpretação constante das leis que estejam de acordo com preceitos tais como o de tratar casos semelhantes de maneira semelhante (da forma como isso é definido por estatutos e precedentes) e outros do mesmo tipo. (RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2016, p. 623).

² Em razão do caráter não exaustivo do tema, o presente trabalho acadêmico adota “danos extrapatrimoniais” como sinônimo de “dano moral” e “dano não material”.

extrapatrimoniais e pela sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

As dificuldades para a concreção do dano extrapatrimonial são inerentes à sua própria natureza, uma vez que se objetiva a delimitação econômica, com a identificação de um valor pecuniário, a danos que necessariamente possuem extensão de caráter eminentemente subjetivo e de difícil mensuração.

Algumas soluções foram propostas pelo Legislativo que, em determinadas legislações, limitaram tais tipos de indenização, estipulando valores mínimos e máximos de indenização, tarifando assim o dano, mas as medidas não lograram o sucesso esperado.

Atualmente, os critérios utilizados para a quantificação desses danos no direito pátrio podem ser verificados, predominantemente, na jurisprudência e na doutrina, uma vez que a legislação se mostrou árida, não assegurando critérios objetivos a serem utilizados para a sua quantificação.

O próprio Judiciário tornou-se refém de tal lacuna,³ o que ocasionou em diversas situações similares o arbitramento de valores indenizatórios discrepantes, com o conseqüente afastamento do princípio da equidade da tutela jurisdicional.

Diante de tal problemática, não era rara a atuação dos Tribunais Superiores na busca de uma padronização da jurisprudência. Não obstante, suas atuações se limitavam aos casos mais extremos, deixando à deriva aqueles que assim não fossem.

O Judiciário e a própria sociedade ressentiam-se de um método adequado que balizasse os critérios utilizados para a concreção do dano extrapatrimonial. A criação de metodologia adequada e equânime poria

³ A exemplo do que se afirma, André Gustavo Corrêa de Andrade defende que: "(...) de efeito, o julgador não pode permanecer impassível, à espera de comandos legislativos (...)" (ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 30-31).

fim aos arbitramentos heterogêneos, dotados de parâmetros dispares e, por vezes, inconsistentes.

Nesse contexto, em setembro de 2011, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.152.541/SP,⁴ se inaugurou no âmbito do Judiciário uma nova forma de arbitramento de dano extrapatrimonial. Esse método, engendrado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ficou conhecido como método bifásico e passou a ser amplamente utilizado.

A fim de desenvolver o tema, o trabalho buscou discorrer acerca do método, de modo a apresentar suas características e de se debruçar sobre os critérios utilizados em cada uma de suas fases.

Exposto o panorama técnico do método bifásico, se verificou a existência de um campo de controvérsias permeando um dos critérios utilizados em sua segunda fase, a saber, a análise das capacidades econômica, política e social do ofendido.

Tal critério aduz, em suma, que quanto mais elevada for a capacidade econômica, social e política daquele que sofreu determinado abalo moral, maior será o seu *quantum* indenizatório e, *mutatis mutandis*, quanto menor for as capacidades econômica, social e política do ofendido, menor deverá ser o valor fixado.

Buscou-se apontar os argumentos utilizados na doutrina para justificar a necessidade da aplicação desse critério e, de igual sorte, os fundamentos utilizados para retorquir a sua utilização.

Passa-se, então, a analisar, à luz do princípio da equidade, a aplicação desse critério e se seus efeitos promoveriam ou não uma situação de maior equidade.

Para tanto, se utilizou o conceito de equidade anteriormente delimitado e se recuperaram abordagens doutrinárias sobre o tema, bem

⁴ STJ. REsp. 1152541/RS. Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011.

como julgados relevantes que mencionaram, de forma mais contundente, o aludido critério.

Por fim, se objetivou concluir em que medida a utilização do critério socioeconômico e político do método bifásico coaduna-se com o imprescindível direito da pessoa humana de ser tratada com equidade⁵ e se há alguma alternativa à sua aplicação que homenageie a equidade perquirida pelo método.

O presente trabalho científico utilizou majoritariamente o método indutivo⁶ e, no transcorrer da pesquisa, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica.⁷

⁵ ROMMEN, Heinrich A., **Le Droit Naturel. Histoire-Doctrine**, Eglhoff, Paris, 1945, p. 263-267.

⁶ “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/ Millenium, 2008. p. 86.

⁷ Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/ Millenium, 2008. p. 209.

II EQUIDADE

Discorrer acerca da equidade é tarefa desafiadora para os estudiosos do Direito, uma vez que enseja as mais diversas interpretações. A abordagem responsável quanto ao tema requer, desde o princípio, um recorte conceitual do objeto tratado.

Para isso, se buscaram as origens etimológicas do termo, a fim de conhecer os traços iniciais de composição de seu significado. Em seguida, se optou pela análise do termo a partir de sua aplicação prática, isto é, ampliando o estudo para verificar o conceito definido em outras ciências que não a linguística.

Desse modo, o estudo do conceito transbordou a mera linguagem, alcançando apoio na sociologia e na filosofia, áreas que, se não irmãs, vêm a ser parentes bem próximas do direito, e que têm muito a acrescentar na abordagem do tema para fins de delimitação de um conceito jurídico válido.

II.1. Etimologia

A origem do termo alcança os tempos remotos da Antiga Grécia, perpassa pelo esplendor de Roma, até chegar aos tempos modernos. Cabe aqui destacar a polissemia do termo grego frente à tradição latina, em que já se percebe o desafio que é conceituar o termo “equidade”.

A evolução do vernáculo permitiu a redução das terminologias gregas *ison* (igual)⁸ e *epieíkeia* (equidade)⁹ ao prefixo latino *equo* (igual),¹⁰ de tal forma a sugerir que equidade, equânime e equitativo integrem um mesmo significado, qual seja, o de igualdade.

⁸ *Ison* (substantivo feminino): igual. (**Dicionário Grego-Português / Português-Grego**. Co-editor A. R. Almeida. 1ª ed. Porto: Editora Porto, 2008).

⁹ *Epieíkeia* (substantivo feminino): justiça, equidade, moderação, meio-termo entre o rigor e a tolerância na aplicação de uma lei ao transgressor. (**Dicionário Grego-Português / Português-Grego**. Co-editor A. R. Almeida. 1ª ed. Porto: Editora Porto, 2008).

¹⁰ *Equo* (adjetivo): equitativo, justo. (**Dicionário Latim-Português / Português-Latim**. Co-editor A. R. Almeida. 1ª ed. Porto: Editora Porto, 2005).

Já no contexto contemporâneo, buscando apoio do Dicionário Aurélio Buarque de Holanda,¹¹ encontramos a definição lexical de equidade como i) disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um; ii) conjunto de princípios inalteráveis de justiça que induzem o magistrado a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo; iii) sentimento de justiça contrário a um critério de julgamento ou tratamento severo e legal; e iv) igualdade, equanimidade, retidão, inteireza.

Como se vê, a interpretação é extensiva, se tornando quase ilimitada. Diante de tal polissemia, inerente ao próprio termo, e da inexistência de conceito singular descritivo da equidade, muitas vezes o que acaba por ocorrer é o uso indiscriminado do termo em aproximação direta com o termo “igualdade”.

Já no sistema jurídico anglo-americano (vide dicionário Gifis), se verifica a utilização do termo “*equity*”. Esse termo se desenvolve no ambiente jurídico a partir da inabilidade das Cortes de *common law* para que essas Cortes fossem, em certa medida, desassociadas da estrita aderência à rigidez dos *writs*, permitindo que a toda lesão houvesse um remédio.¹²

A utilização da *Equity*, portanto, é abordada como meio supletivo de integração e interpretação normativa, permitindo a aplicação da melhor solução ao caso concreto.

Essas diversas acepções já são suficientes para demonstrar a complexidade da tarefa de conceituar o tema. No entanto, a conceituação de Equidade não pode ter apenas essa hermenêutica solitária,¹³ sendo necessário, para que lhe seja conferida melhor qualidade à apreciação

¹¹ EQUIDADE. In: DICIONÁRIO da Língua Portuguesa. São Paulo: Dicionário do Aurélio, 2019. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 06.04.2019

¹² EQUITY. Historically, ‘equity’ developed as a separate body of law in England in reaction to the inability of the common law courts, in their strict adherence to rigid writs and forms of action, to entertain or provide a remedy for every injury. The King therefore established the high Court of chancery, the purpose of which was to administer justice according to principles of fairness in cases where the common law would give no or inadequate redress. (GIFIS, Steven H., **Law Dictionary**, Woodbury, New York, London, Toronto, Sidney, Barron’s Educacional Series, 1994).

¹³ SANCHES, Marcelo Elias. **O Princípio Econômico da equidade**. Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 60/2005 | p. 211 - 222 | Jan - Fev / 2005.

do conteúdo, o apoio de outras ciências, como, por exemplo, as ciências jurídicas.

A compreensão da acepção jurídica do tema, por sua vez, perpassa por um elemento basal, tal como a análise de suas raízes filosóficas.

II.II. Conceito

Equidade é tema natural humano, percebido em diferentes lugares-tempos e sociedades diversas. Emparelhado à ideia de justiça, também tão natural humana, foi investigado por diversos autores ao longo da história, que buscavam compreender e conceituar a ideia abstrata, a fim de possibilitar sua melhor promoção na sociedade.

Já no século IV a.C., Aristóteles, abordando o tema em obra que dedicava a seu filho,¹⁴ buscou conceituar o termo equidade tendo como base a diferenciação deste para o conceito de justiça.

A comparação é relevante, pois a semelhança entre os termos induz ao primeiro olhar a ideia de serem sinônimos. Todavia, o “Estagirita” diferencia equidade do conceito de justo e aponta que ser equitativo seria maior do que ser justo.

Em sua visão, a equidade seria uma “justiça superior”, uma vez que “embora ambos sejam bons, o equitativo é superior. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a Lei, e sim um corretivo da justiça legal”,¹⁵ e acrescenta que os conceitos, embora não sejam sinônimos, são adjacentes, uma vez que “a justiça e a equidade não parecem ser absolutamente idênticas, nem ser especificamente diferentes”.¹⁶

Na mesma linha de entendimento, já em tempos mais recentes, Mario de la Cueva, investigando a mesma discussão, apontou a elevação

¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo. Nova Cultural: 1996.

¹⁵ *Ibid.* p. 212.

¹⁶ *Ibid.* p. 124.

da equidade como valor supremo,¹⁷ encontrando sustentáculo na literatura de Agostinho de Hipona, para quem o conceito de equidade estaria comparado ao direito natural.¹⁸

No entanto, o filósofo mexicano entendia que o conceito de equidade se altera de acordo com os tempos, podendo ser considerado como princípio geral do direito ou direito natural.¹⁹

A controvérsia teórica, certamente enriquecedora para debates filosóficos, perde relevância prática ao se observar que, em qualquer das hipóteses, a busca pela equidade foge ao alcance da letra pura da lei (*stricto sensu*), uma vez que esta não poderá prever todas as peculiaridades de cada hipótese e tampouco se adequar às constantes alterações sociais.²⁰

Todavia, é justamente pela incapacidade de a lei se adequar à realidade total, e pelo surgimento das lacunas nas hipóteses em que a lei não é suficiente, que a equidade se apresenta como solução.

Nesse sentido, Sebastião Machado Filho²¹ apresenta seu entendimento de que a equidade traduz-se na “justiça no caso concreto, embora possa não ser, subjetivamente, a verdadeira justiça”, uma vez que ao Estado não interessaria impor a verdadeira justiça incontestável, mas sim atuar na promoção de valores de paz, ordem e segurança.

A mais, a equidade necessita ser analisada sempre no caso concreto a fim de alcançar “o essencialmente justo em relação dinâmico-

¹⁷ A supremacia do conceito de equidade, quando em contraste com o conceito de justiça, é acolhida por outros autores também renomados, tais como John Rawls, em ‘História da Filosofia Moral’, obra que se apoia em ‘Uma Teoria da Justiça’, de Immanuel Kant. Nesse sentido também aponta o jurista brasileiro Carlos Maximiliano, em ‘Formas e Aplicação do Direito Positivo’, ao apontar que por vezes é “mister o suprimento do princípio da justiça contida na lei por intermédio de um outro princípio, àquele semelhante, mas sob outros aspectos mais extensos e mais altos, o princípio da Equidade”.

¹⁸ CUEVA, M. d. I.; GUERRERO, P. M. et al. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. Cidade do México: Porrúa, 2002, p. 12.

¹⁹ Ibid. p. 15.

²⁰ Cabe aqui oportunamente apresentar trecho da valiosa obra de Monteiro Lobato, que afirmava “lei escrita vale por pura invenção humana – donde a rapidez com que envelhecem os códigos humanos e as leis humanas. Escrever é fixar e fixar é matar. Perpétuo movimento, a vida é infixa”, in LOBATO, José Bento Renato Monteiro, **Cidades Mortas**, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1959. p. 198.

²¹ MACHADO FILHO, Sebastião. **O Humanismo do direito ou a Equidade como modo de ser da interpretação jurídica**. Revista de Informação Legislativa, v. 12, n. 46. p. 58.

dialética entre a liberdade e a igualdade, nascendo um justo personalista, único para cada hipótese fática".²²

Todavia, a interpretação extensiva da norma não pode extrapolar o espírito da norma, seja extensivamente, seja de modo a mitigar sua aplicação no caso concreto.

Assim, na busca pela equidade para as soluções dos conflitos cotidianos, o julgador deve ponderar sua leitura com parcimônia, uma vez que a equidade pode se traduzir em uma "*faca de dois gumes*", conforme aponta Caio Mario:²³

"se, por um lado, permite ao juiz a aplicação da lei de forma a realizar o seu verdadeiro conteúdo espiritual, por outro lado pode servir de instrumento às tendências legiferantes do julgador, que, pondo de lado o seu dever de aplicar o direito positivo, com ela acoberta uma desconformidade com a lei",

O mesmo entendimento foi já adotado pela Corte Suprema do Judiciário brasileiro, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 93.701/MG, quando o Ministro Oscar Correa assim apontou:

"Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto de lei não se harmoniza com o seu entendimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério."²⁴

Essa complexa realidade do aplicador da lei, diante da infinidade de possibilidades fáticas e da impossibilidade de o legislador abarcá-las nos dispositivos, expõe a necessária contribuição da doutrina, ainda que em caráter abstrato, para a materialização do direito nos casos concretos, posto que, uma vez inviável às leis cumprir todas as possibilidades fáticas, ao julgador cumprirá, na interpretação da norma,

²² SANCHES, M. E. **O princípio da equidade**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 60/2005, 2005.

²³ PEREIRA, C. M. da S.; PEREIRA, T. da S. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Forense, 2008, v. I. p. 97.

²⁴ STF. RE 93.701/MG. Rel. Ministro OSCAR CORREIA, Plenário, julgado em 24/09/1985, DJU, 11/10/1985.

equilibrar sua aplicação, estendendo ou mitigando o estabelecido pelo legislador, mas nunca usurpando o direito em prol de seu entendimento pessoal.

Para tanto, se mostra imprescindível a formulação de um conceito elaborado e eficaz, que pretenda uniformizar o entendimento do que vem a ser 'equidade'.

Embora a matéria ofereça ensejo a grandes controvérsias, utilizaremos, no presente trabalho, a definição de equidade como elemento perene de renovação jurídica capaz de promover a justa individualização normativa e adaptar a realidade às formas do direito.²⁵

II.III. Exemplos da aplicação do princípio da equidade no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da equidade é tema constante entre doutrinadores e juristas. Ainda que na aplicação prática da jurisdição sua compreensão possa não coincidir integralmente com o que se viu acima, ela em muito se conecta com sua raiz filosófica.

No ordenamento jurídico brasileiro positivo, o princípio fundamental de igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, é compreendido por vezes pela aplicação de um conceito direto de igualdade.

Todavia, o ordenamento jurídico nacional também concebe diversos dispositivos que sedimentam o princípio da equidade ao analisar situações entre desiguais,²⁶ conforme se passa a apontar em ordem crescente de abrangência.

²⁵ "(...) a equidade em sentido amplo, isto é, como a exigência da adaptação da realidade às formas do direito (...) Constitui, portanto, esse elemento uma fonte perene de renovação e reintegração para todo o organismo jurídico". DEL VECCHIO, Giorgio, **Los Principios Generales del Derecho**, trad espanhola, Barcelona, 2ª ed., 1948 p. 117.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

II.III.a. Código Civil

Dentre as diversas leis brasileiras que recepcionaram o conceito de equidade no ordenamento jurídico brasileiro, se destaca, inicialmente, o Código Civil atualmente vigente.²⁷

O artigo 927 do referido diploma inaugura o Capítulo I do Título IX, fixando que aquele que *“por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*. No entanto, logo na sequência, o parágrafo único do artigo 928 ressalva que: *“A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”*.

Da redação do dispositivo se destaca i) a necessidade de sua interpretação à luz da equidade; e ii) a exclusão do dever de indenizar quando a consequência desta indenização, para o autor, não for tolerável.

A própria norma já busca ressaltar o próprio dever de indenizar caso seja a solução de maior equidade ao caso concreto, orientando a aplicação do direito de modo a afastar eventual desigualdade ou injustiça decorrente da rigidez da sua fórmula.²⁸

No mesmo sentido do apresentado no artigo 928 do Código Civil, Ruy Samuel Espíndola defende que a equidade consiste na operação de se adequar as normas às características próprias do caso concreto.²⁹

De igual maneira dispõe o parágrafo único do artigo 944 do mesmo diploma, ao aduzir que *“Se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”*.

²⁷ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 05/12/2019.

²⁸ AMARAL, Francisco. **A Equidade no Código Civil Brasileiro**, in ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. Aspecto controvertidos no novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 205-215, abr./jun. 2004, p. 207.

²⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 1998. p. 43-101.

Novamente a equidade é meio buscado para se alcançar a mais justa aplicação da tutela jurisdicional do Estado.

Em ambos os exemplos citados, o Código Civil aplica a equidade como meio de interpretação e individualização para a aplicação do dispositivo legal, o que, no entendimento de Agostinha Alvim,³⁰ se traduz em condição *sine qua non* para se promover uma aplicação mais justa da lei:

O conceito de equidade reduz-se ao de justiça perfeita, ou aproximada. Aproximada, quando à lei foge à generalização e específica, afim de melhor se aproximar da justiça; perfeita, quando permite ao juiz individualizar (equidade individualizadora), ao conhecer de um caso concreto.

O princípio norteador da equidade também foi insculpido no artigo 953 do Código Civil, o qual, em seu parágrafo único, dispõe que:

Se o ofendido não puder provar o prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Menezes Direito e Cavalieri Filho, ao analisarem o mencionado artigo, afirmaram que “a equidade é o parâmetro que o novo Código Civil, no seu artigo 953, forneceu ao juiz para a fixação dessa indenização”.³¹

Assim, diante dos diversos exemplos apresentados, parece lícito concluir que o Código Civil Brasileiro se traduz em exemplo prático da posituação do princípio da equidade no ordenamento jurídico brasileiro.

II.III.b. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Buscando exemplo mais abrangente da aplicação do princípio da equidade no ordenamento jurídico brasileiro, se passa a analisar a Lei

³⁰ ALVIM, Agostinho. **Da equidade**, Revista dos Tribunais n. 132, fascículo 494, p. 4.

³¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13, p. 348.

de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³² (anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil).³³

A mencionada legislação tem, como função primordial, nortear a aplicação das demais normas brasileiras³⁴ e, em seu artigo quinto, positiva que o magistrado, ao promover a aplicação das normas, “*atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.³⁵

Ao condicionar a aplicação da lei ao atendimento dos fins sociais e do bem comum, o artigo quinto busca afastar a mera aplicação objetiva da norma, de modo que deve ser feita uma análise subjetiva da aplicação legal como forma de se atingir o objetivo social da norma.

Tal regramento promove e positiva o princípio da equidade, a qual muito se assemelha à visão aristotélica exposta alhures,³⁶ uma vez que a mera aplicação literal da Lei poderia ser o suficiente para se atingir o conceito de “justiça”. Porém, somente com a observância dos fins sociais a que ela se dirige e à proteção ao bem comum é que se poderá garantir sua aplicação de forma equitativa.

Pelo fato de o artigo quinto estar inserido em uma norma geral, é cabível entender que se trata aqui de cláusula geral de equidade.³⁷

Trata-se de norma norteadora para todas as demais normas brasileiras, a qual objetiva afastar a ocorrência dos vícios inerentes à lei escrita apontada por Aristóteles,³⁸ promovendo, de forma mais efetiva, e para todas as demais normas, o conceito de equidade.

³² A Lei Nº 12.376 de 30 de dezembro de 2010 alterou o Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, ampliando o seu campo de aplicação para todas as normas do Direito Brasileiro.

³³ Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acessado em 05/12/2019.

³⁴ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, p. 24.

³⁵ Art. 5º - na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

³⁶ ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo. Nova Cultural: 1996. p. 124.

³⁷ Adota-se aqui o conceito de cláusula geral como enunciado normativo propositalmente genérico e/ou indeterminado capaz de propiciar adaptações entre seu conteúdo normativo e o sistema jurídico.

³⁸ ARISTÓTELES. **Introducción a Retórica: traducción y notas de quintín racionero**. Madrid: Gredos, 1990.

II.III.c. Constituição Federal 1988

Escalando-se ao teto da ordem jurídica brasileira, se tem a Constituição Federal de 1988 e, a partir de sua análise, é possível inferir que o legislador constituinte pretendeu trazer à sociedade brasileira o sentimento de equidade e justiça distributiva, ao garantir direitos fundamentais consagrados nas principais Cartas e Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos.

O texto da Constitucional Federal apresenta grande destaque à adoção de Políticas Públicas, à estrutura e à natureza das Instituições Públicas e à constitucionalização de parte considerável do Direito Privado, a exemplo do Direito de Família, do Direito à Propriedade e do Direito Empresarial, como meio de se alcançar uma sociedade bem ordenada.

É possível extrair do dispositivo maior assegurador de garantias e direitos fundamentais, o notório artigo quinto da Carta Magna,³⁹ o princípio regente das relações estabelecidas entre os indivíduos que compõem a sociedade (relação horizontal), bem como das relações existentes entre o Estado e os indivíduos (relação vertical).

A ideia de igualdade, presente no caput do citado artigo, tem caráter principiológico, devendo ser analisada no caso concreto seu cumprimento, que poderá ser relativizado a fim de se encontrar sua melhor aplicação. Isso significa que a igualdade poderá ceder à equidade quando assim entender necessário o julgador.

Assim, em nome da equidade, a Administração Pública pode despender tratamentos distintos a diferentes entes ou indivíduos, atuando de tal modo a fim de alcançar um bem maior, e conseqüentemente mais justo.

³⁹ “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.”

De acordo com a mesma linha de raciocínio, o art. terceiro da Constituição Federal de 1988⁴⁰ se traduz em dispositivo que aponta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, prevendo que, no intuito de construir uma sociedade efetivamente justa, é cabível a atuação da ordem pública, a fim de reduzir desigualdades sociais e regionais.

Ganha destaque o fato de este se tratar de um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro apresentado pelo Poder Constituinte, orientação a partir da qual todos os atos públicos – sejam de natureza política, econômica ou social – deverão ser subjugados.

Nesse conjunto de ideias, a mesma concepção se replica em outros trechos da Carta Maior brasileira, ao narrar dispositivos relativos às leis orçamentárias (art. 43; art. 165, §7º);⁴¹ aos princípios gerais da ordem econômica e financeira (art. 170, VII);⁴² à seguridade social (art. 194, V); à proteção do acesso à educação ao cidadão (art. 206, I; art. 212, §3º).⁴³

Naturalmente, em razão da natureza material ampliada da Constituição Federal, os dispositivos nela encontrados por vezes têm caráter amplamente generalista, carecendo de lei que os complementem ou regulem.

De todo modo, é possível enxergar a intenção do Constituinte, ao inclinar a orientação dos dispositivos destacados, no sentido de

⁴⁰ “Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

⁴¹ “Art. 43: Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.”

“Art. 165, §7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.”

⁴² “Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VII - redução das desigualdades regionais e sociais.”

⁴³ “Art. 206: O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.”

“Art. 212, §3º: A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.”

promover efetivamente o bem comum, orientação esta norteada pelos princípios de igualdade e equidade.

III DANO MORAL

O direito ao ressarcimento pelo dano moral é percebido desde os primórdios da composição humana, ainda que bem precariamente, como se pode encontrar nas previsões do Código de Hamurabi, na Lei das XII Tábuas e na própria Bíblia.

A partir da promulgação da Constituinte de 1988, o ressarcimento pelos danos morais passou a ser constitucionalmente amparado, conforme dispõem os incisos V e X do artigo 5º da Carta Maior:

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

Em que pese a sua abrangência constitucional, a definição do que é o dano moral e da sua amplitude não é tópico isento de controvérsias. A própria nomenclatura do dano já é fonte de debates, visto que há correntes doutrinárias que utilizam danos extrapatrimoniais como sinônimo de dano moral⁴⁴ enquanto outras defendem ser o dano moral, em verdade, apenas um dos subtipos do dano extrapatrimonial.⁴⁵

⁴⁴ Pontes de Miranda utiliza a terminologia “dano extrapatrimonial” na obra Tratado de Direito Privado. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 26, p. 30 e seguintes)

⁴⁵ “Essa distinção entre danos extrapatrimoniais e patrimoniais não se revela como simples fator nominal; antes, porém, acarreta consideráveis consequências em face daquele que recorre ao judiciário para ter seu direito satisfeito. Isso porque o litígio que visa ao ressarcimento dos danos morais como dano extrapatrimonial afasta a possibilidade de indicação das demais espécies, as quais se sujeitam a bens e a interesses distintos daqueles perseguidos pelo dano moral”. AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; ZERBINI, Maiara Santana. **Do dano moral ao extrapatrimonial: a necessidade de identificação dos direitos e interesses lesados**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Vol. 3. N. 1. p. 33-50. Brasília. Jan/Jun 2017.

A controvérsia é aqui apresentada a fim de apontar a divergência na doutrina. Todavia, o objetivo do presente estudo não é investigar o dano moral no direito pátrio de forma exaustiva, mas sim suficientemente para se analisar as dificuldades inerentes à sua concreção.

Dessa forma, no curso de todo o presente texto foi adotada a expressão “dano moral” enquanto sinônimo de “dano extrapatrimonial”.

III.I Conceito

A conceituação doutrinária acerca da terminologia do que vem a ser “dano moral” é amplamente discutida pela doutrina, não prevalecendo um conceito exclusivo, o que, para o presente trabalho, enseja a pesquisa e o apoio de mais de um doutrinador, a fim de se encontrar um conceito mais aproximado de uma definição específica a para nortear o presente estudo.

De início a pesquisa elaborada por Ramón Daniel Pizarro,⁴⁶ que, ao analisar o tema, verificou que, majoritariamente, as doutrinas podem ser categorizadas em três grandes grupos:

- a) *Dano moral é todo o dano que não seja patrimonial;*
- b) *Dano moral é aquele que gera danos extrapatrimoniais ao direito lesado; e*
- c) *Dano moral como lesão a direitos intrínsecos à personalidade.*

Verifica-se que o primeiro grupo adota uma teoria excludente (negativa) e, por meio de uma contraposição ao dano material, se extrai o conceito de dano moral. Ou seja, o dano moral seria todo e qualquer dano que não resulta de uma perda pecuniária.⁴⁷ Esse posicionamento é defendido por Adriano De Cupis:

“O dano não patrimonial não pode ser definido se não em contraposição ao dano patrimonial. Dano não patrimonial, em

⁴⁶ PIZARRO, Ramón Daniel. ***Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño Moral em las diversas ramas del Derecho***. 2ª edición. Editorial Hamurabi: Buenos Aires, 2004.

⁴⁷ Esse entendimento é defendido por SAVATIER (SAVATIER, René. ***Traité de la responsabilité civile en droit français***. Tomo II, 1951, p. 92).

consonância com o valor negativo de sua expressão literal, é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação com um bem não patrimonial.”⁴⁸

Por sua vez, Pontes de Miranda⁴⁹ ensina que o dano moral é aquele que “(...) atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingido o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.

O segundo e o terceiro grupo buscam uma concepção não negativista do dano. Divergem, basicamente, pela sua abrangência, uma vez que o segundo grupo define que o dano moral “*deve ser considerado como uma lesão a um direito, que produza imediato reflexo no patrimônio imaterial do ofendido, de forma a acarretar-lhe a sensação de perda*”.⁵⁰ Acrescenta Fernando Noronha:⁵¹

“O prejuízo de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.”

Já o terceiro grupo condiciona o dano moral como aquele em que há, necessariamente, uma lesão ao estado psicológico (anímico), uma “*lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas*”.⁵²

Cavaliere Filho declara que o dano moral “*é a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrios em seu bem-estar*”.⁵³

⁴⁸ Tradução livre do Autor. DE CUPIS, Adriano. *El Dano – Teoria General de la Responsabilidad Civil*. 1975, p. 122.

⁴⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 26, p. 30, 1954.

⁵⁰ REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 4.

⁵¹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 497

⁵² ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria General de La Responsabilidad Civil*. 1993, p. 97.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 105.

Percebe-se, todavia, que embora sejam distintas, as correntes convergem no sentido de que o dano moral é aquele que atinge um patrimônio e que este patrimônio, necessariamente, não é material.⁵⁴

O Judiciário brasileiro⁵⁵ já se posicionou quanto aos pré-requisitos necessários para que seja caracterizada a ofensa extrapatrimonial:

*O absolutamente incapaz, ainda quando impassível de detrimento anímico, pode sofrer dano moral. **Dano moral: é a ofensa a determinados direitos ou interesses. Basta isso para caracterizá-lo. Dor, sofrimento, humilhação: são as consequências do dano moral** (não precisam necessariamente ocorrer para que haja a reparação) ” (Destacou-se)*

O precedente acima não refuta que o dano extrapatrimonial produza (ou seja apto a produzir) sofrimento, dor e humilhação, mas aborda que tais reações íntimas não se confundem com o dano moral, sendo meras consequências – sequer necessárias – ao dano sofrido.⁵⁶

Afastada a necessidade do sentimento de “sofrimento” ou de “humilhação” para a configuração do dano moral, se amplia o rol daqueles com legitimidade ativa para reclamá-los, como os incapazes e as pessoas jurídicas.

Não se desconhece que o próprio conceito de dano moral está em constante evolução e que, ao longo do tempo, há a criação de novos bens juridicamente tuteláveis, dificultando a delimitação de um conceito estanque.

No entanto, para o presente trabalho, consideramos dano moral como aquele que causa uma lesão extrapatrimonial, ofendendo os direitos da personalidade, sem a necessidade de causar o efetivo abalo emocional à vítima.

⁵⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**, v. 2, p. 852.

⁵⁵ STJ. REsp 1.245.550/MG. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 16.04.2015.

⁵⁶ Nesse sentido é o posicionamento de Brebbia: “Não implica esta afirmação negar que os danos morais produzam ou possam produzir uma sensação de dor, medo, emoção, vergonha ou pena na vítima e que tal repercussão psíquica ou física seja mais intensa do que a que possa ocasionar normalmente a violação de um direito patrimonial; o que sim negamos é que possa servir para caracterizar juridicamente à primeira categoria de danos” (BREBBIA, Roberto H. **El Daño Moral: doctrina, legislación y jurisprudencia**. 2. ed. Córdoba: Obir, 1967. p. 86)

III.II Dificuldades para a concreção do dano moral

Hodiernamente, não mais se discute a possibilidade de indenização por danos morais, uma vez que ela está consagrada na Carta Magna de 1988, que protege como invioláveis *"a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*.⁵⁷

No entanto, até meados da década de sessenta, a ideia de se reparar um dano moral não era aceita no ordenamento jurídico brasileiro. Principalmente em razão do grau de dificuldade exigido para se aferir sua extensão, uma vez que seria necessário analisar a dor subjetivamente enfrentada pela vítima, tinha-se que o passar do tempo se traduzia na ferramenta mais adequada para a reparação da dor emocional enfrentada.⁵⁸

Nesse contexto, e diante da impossibilidade de se promover uma mensuração do abalo sofrido, se entendia que o dano moral não poderia ser indenizado. Também eram utilizados outros motivos para afastar o dever de indenização em casos de danos não patrimoniais:

*1) falta de efeito penoso durável; 2) incerteza do direito violado; 3) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; 4) indeterminação do número das pessoas lesadas; 5) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; 6) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; e 7) extensão do arbítrio concedido ao juiz.*⁵⁹

No entanto, em 1966 o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 59.940,⁶⁰ no que restou reconhecido que os genitores teriam direito à indenização em caso de acidente que ocasionasse o falecimento dos filhos menores, ainda que estes não desempenhassem atividades remuneradas, se encerrando, assim, o chamado período

⁵⁷ Art. 5º. 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;

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 146

⁵⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 89

⁶⁰ STF. RE 59.940/SP. Rel. Ministro ALIOMAR BALEEIRO, PLENÁRIO, julgado em 14/06/1966, DJU 13/08/1966.

negativista,⁶¹ o qual não se consentia com a reparação pecuniária do dano extrapatrimonial enfrentado pela vítima. Inicia-se, portanto, o período de reparabilidade restrita do dano, que perdurou de 1966 até 1988.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi alcançado o período de reparabilidade total do dano moral,⁶² em que a doutrina e a jurisprudência pátria consentiram de forma uníssona que era lícita a reparação integral do dano ao abalo moral, por meio de indenização pecuniária, em razão de ato ilícito.

A ausência de critérios objetivos para sua mensuração e a necessidade de se analisar a sua extensão de forma subjetiva são fatores que tornam a quantificação do dano moral uma missão extremamente árdua para os julgadores. Entretanto, a medição de um valor não econômico por meio de um valor estritamente econômico não é necessariamente uma “impossibilidade” ou algo “racionalmente insuperável”.⁶³

Uma alternativa utilizada pelo legislador pátrio foi o tarifamento legal das indenizações decorrentes do dano moral. Todavia, conforme será discorrido a seguir, essa ferramenta não se mostrou a mais adequada para a fixação do *quantum* indenizatório.

⁶¹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 88.

⁶² A tese de maior aceitação da doutrina é a de que a Constituinte de 1988 trouxe a reparabilidade integral, conforme é defendido por BERNARDO (*op. cit.* p. 89). No entanto, ressalva-se aqui que parte da Doutrina entende que a reparação integral do dano moral só foi alcançada quando se passou a permitir, cumulativamente, a reparação por dano moral e por dano material. Neste sentido é o entendimento defendido por Yussef Said Cahali (CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 76-77).

⁶³ Adriano de Cupis manifesta sua preocupação em medir valores não econômicos por meio de montante pecuniário: “*Sin embargo, aunque se admita que la función más apropiada del dinero sea la de medir los valores económicos, no puede negarse que los hombres tratan de ampliar la medida pecuniaria mas allá de los mismos valores económicos. Parece exagerado sostener que medir un valor no económico por media del dinero, sea algo así como una imposibilidad racional insuperable; así como es también exagerada la opinión que quiere ver con ello la infiltración de un sentido moral relajado, utilitario y materialista. Lo más oportuno sería limitarse a hablar de una extensión, o, si se quiere, de una derevación, de la función del dinero (...) De todas formas no puede negarse que, dentro de los estrictos límites en que se admite la resarcibilidad dei dano no patrimonial, el legislador no ha sentido el menor impedimento por las críticas realizadas a su valoración pecuniária*” (CUPIS, Adriano de. SARRIÓN, Ángel Martínez. **El Daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil**. Barcelona. Bosch, 1975. p. 364).

III.II.a Tarifamento legal como ferramenta para a concreção do dano moral

O tarifamento legal é uma das formas para se quantificar a indenização por danos extrapatrimoniais que consiste na previsão pelo próprio legislador do montante indenizatório a ser fixado para determinados eventos danosos.

Tal instituto foi adotado pelo legislador pátrio na lei de imprensa,⁶⁴ que previa:

Art. 50. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I – a 2 salários-mínimos da região no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Já o artigo 52⁶⁵ ampliava a indenização máxima a ser concedida por danos morais em até dez vezes, caso o ato ilícito tenha sido praticado por empresa jornalística. Possibilitar-se-ia, portanto, uma indenização máxima de até duzentos salários mínimos, independente de esse valor corresponder à reparação integral do dano enfrentado.

No entanto, o resultado prático da aplicação do tarifamento se mostrou completamente desproporcional, promovendo indenizações extremamente elevadas e desarrazoadas.

O Supremo Tribunal Federal, ao ser provado por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, se manifestou

⁶⁴ Lei n. 5250, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5250-9-fevereiro-1967-359026-norma-actualizada-pl.html>>. Acessado em 05/12/2019.

⁶⁵ Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

no sentido de que o tarifamento contido na lei de imprensa não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, afastando a possibilidade de o “legislador ordinário graduar de antemão” os limites materiais do dano moral:

“É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo”, vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal como, explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução.”⁶⁶

A predeterminação do ressarcimento afasta a equidade da indenização, visto que o magistrado fica adstrito a valores indenizatórios por vezes inadequados ou desproporcionais.

Antes do julgamento pelo STF da ADPF 130, houve a fixação do entendimento, pelo STJ, de que o ressarcimento do dano moral deve ser integral, não podendo se limitar às balizas impostas pela tarifação.⁶⁷ Esse entendimento resultou na edição da Súmula 281: “*A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa*”.

Também houve a positivação do tarifamento do montante indenizatório no Código Civil de 1916 que, em seu artigo 1.547, previu os limites pecuniários do ressarcimento a ser arbitrado, nas hipóteses de danos extrapatrimoniais, decorrentes de injúria e/ou calúnia, *in verbis*:

Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

O mesmo Codex também trouxe, em seu artigo 1.550, o tarifamento dos danos morais decorrentes da ofensa à liberdade

⁶⁶ STF. ADPF 130. Rel. Ministro AYRES BRITTO, PLENÁRIO, julgado em 17.04.2009, DJe 06/11/2009.

⁶⁷ STJ. REsp 513.057/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2003, DJ 19/12/2003.

pessoal,⁶⁸ condicionando este ao “*dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva*”.

No entanto, o judiciário também afastou a possibilidade de tarifamento nesses casos:

*Esta Corte, em função do valor absurdo alcançado, firmou entendimento, com fundamento nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, no sentido da inaplicabilidade desse tarifamento legal indenizatório, inclusive porque a remessa feita pelo legislador do CC/16 à legislação penal era anterior ao próprio Código Penal de 1940, mais ainda em relação à reforma penal de 1984.*⁶⁹

O Legislador, ao elaborar o Código Civil de 2002, retirou o tarifamento do dano moral, homenageando o princípio da equidade, conforme se infere da leitura do parágrafo único do artigo 953:

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.

Mais recentemente, o artigo 1º da Lei n. 13.467/17 e o artigo 1º da Medida Provisória n. 808 alteraram o artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/43) para impor ao Judiciário a fixação do valor de indenização por dano moral condicionado ao salário recebido pelo ofendido.

A previsão legislativa criou uma espécie de tarifação, limitando o *quantum* para o pagamento de indenização trabalhista, em que pese vigorar, naquela justiça, a necessidade de dedicar à parte hipossuficiente normas favoráveis e interpretações *in dubio pro misero*.

⁶⁸ Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.

⁶⁹ Trecho do voto proferido pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino em que traçou breve histórico da jurisprudência do STJ acerca de tarifamento. (REsp 1152541/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011).

Até a conclusão do presente trabalho, se identificou a propositura de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade,⁷⁰ sem que, contudo, tenha sido iniciado o debate pela Corte Suprema.

A indenização por danos extrapatrimoniais, quando limitada pelas rédeas do tarifamento legal, afasta a possibilidade de se arbitrar uma indenização justa e equânime, dado que esbarra frontalmente ao *“princípio da reparação integral ou plena, que constituiu a principal diretriz do operador do direito para orientar a quantificação da indenização pecuniária”*.⁷¹

De tal forma, parece razoável imaginar que não haverá alterações relevantes do posicionamento daquela Corte Suprema, devendo ser mantida a inconstitucionalidade do tarifamento das indenizações.

III.II.b O arbitramento subjetivo do julgador como forma de concreção do dano moral

Outro critério utilizado para a concreção do dano moral era o livre arbitramento pelo magistrado. Tal método é capaz de promover situações, em certa medida, mais consentâneas, uma vez que permite ao magistrado analisar as nuances do caso concreto, conforme defende Tércio Sampaio Ferraz Júnior:⁷²

o juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O intérprete deve, porém, sempre buscar uma racionalização desta intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade.

⁷⁰ Todas as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 5870, ADI 6069 e ADI 6082) foram distribuídas ao Ministro Gilmar Mendes e estão pendentes de inclusão em pauta, até a data da entrega deste presente trabalho de dissertação, que ocorreu em 12/01/2020.

⁷¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 48.

⁷² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 304.

Todavia, essa metodologia não mostrou ser a solução mais diligente, pois o valor a ser fixado variará de acordo com os critérios subjetivos adotados por cada julgador.⁷³

Assim, se possibilita que a tutela jurisdicional resulte no afastamento do tratamento equitativo, pois permite que, em situações semelhantes, sejam fixados valores pecuniários completamente distintos, dependendo exclusivamente do posicionamento particular de cada magistrado.

Outro ponto a ser levantado é que o exercício do livre arbítrio pelos magistrados para a concreção do valor indenizatório, sem que haja normas balizadoras, dificultaria a exposição, de forma eficaz, dos motivos que levaram à cominação de determinado valor indenizatório, o que violaria, por conseguinte, o dever de fundamentação previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.⁷⁴

Acerca da problemática, expõe Maria Helena Diniz⁷⁵ que *“um dos grandes desafios da ciência jurídica é o da determinação dos critérios de qualificação do dano moral, que sirvam de parâmetros para o órgão judicante na fixação do quantum debeatur”*.

Não por outra razão, verificou-se a existência de valores indenizatórios heterogêneos em casos semelhantes, o que implicava a atuação constante do STJ⁷⁶ para afastar indenizações consideradas demasiadamente irrisórias ou excessivas:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. INDEVIDA INSCRIÇÃO NEGATIVADORA DO NOME DA AGRAVADA. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADOS COM RAZOABILIDADE.

A intervenção do STJ, Corte de Caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o País e

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações: arts. 927 a 965**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, v. 11, 2003. p. 521-522.

⁷⁴ Art. 93. IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 7 v. p. 101.

⁷⁶ STJ. AgRg no AREsp 415110/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013.

não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

O arbitramento subjetivo do julgador também esbarra na própria evolução da sociedade como um todo, que por vezes altera o espectro de abrangência dos direitos da personalidade e, por conseguinte, do dano moral. Seria necessário partir da premissa de que todos os julgadores analisam a sociedade e a extensão dos direitos da personalidade de forma semelhante, de modo a produzir decisões equânimes.

Diante da inexistência de critérios objetivos, as decisões acerca do tema seriam transferidas ao conceito particular do julgador, se tornando utópica a expectativa de decisões congêneres para situações semelhantes.

Seria necessário que houvesse critérios objetivos e que estes não fossem estanques, como ocorreu nos casos de tarifamento, capazes de nortear o magistrado na árdua tarefa de quantificar, de maneira equânime, determinado dano moral. Nessa conjuntura, buscando o preenchimento dessa lacuna, é que nasce o método bifásico de concreção do dano moral.

IV MÉTODO BIFÁSICO PARA CONCREÇÃO DO DANO MORAL

Em setembro de 2011, a Terceira Turma do STJ, ao julgar o recurso especial n. 1.152.541/RS,⁷⁷ inaugurou a aplicação do chamado método bifásico para o arbitramento do dano moral.

O mencionado método buscou atender “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”,⁷⁸ promovendo um ponto de equilíbrio entre o valor da indenização, o interesse jurídico lesado e as peculiaridades do caso concreto.

Buscou-se inspiração no artigo 953 do Código Civil de 2002 que já incumbia ao julgador a fixação de indenização equânime, “na conformidade das circunstâncias do caso”.

A utilização da metodologia proposta pelo método bifásico passou a quantificar a indenização do dano moral de maneira equânime ou, quando menos, de forma mais equânime do que se tinha anteriormente. Permitiu-se nortear a análise pormenorizada das circunstâncias do caso concreto, por meio de critérios bem identificados.

O método bifásico foi amplamente utilizado pelo Judiciário e já perdura por quase uma década. Em razão do sucesso apresentado desta metodologia, o Superior Tribunal de Justiça divulgou em seu portal⁷⁹ a seguinte tese acerca do método bifásico:

A fixação do valor devido a título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.

⁷⁷ STJ. REsp. 1152541/RS. Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011.

⁷⁸ Voto proferido pelo Ministro Salomão no qual dissertou acerca da importância do método bifásico de indenização. STJ. REsp. 1.473.393/SP. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 23/11/2016.

⁷⁹ Acessado em 04/08/2019:

https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/JT/JT_ramos_ed.1.pdf

Passou-se, portanto, a estipular como regra a sua utilização, se permitindo que o jurisdicionado tivesse, ao menos, uma expectativa do que lhe é devido, se ampliando a segurança jurídica.

Volta-se, então, à análise da metodologia do método e de quais as suas principais características.

IV.I Critérios analisados na Primeira Fase

O principal objetivo da primeira fase é afastar a discricionariedade do julgamento para determinar um valor indenizatório norteador, que será utilizado como valor base à fase subsequente.

Para tanto, se utilizam dois critérios. O primeiro é a identificação e a delimitação do bem jurídico lesado no caso em testilha, como, por exemplo, dano extrapatrimonial decorrente de morte de um filho, inscrição indevida nos serviços de proteção ao crédito, atraso na prestação de serviço aéreo, entre outros.

O próprio sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça costuma divulgar, via sua imprensa oficial, julgamentos relevantes acerca do tema, em que se promoveu a reforma de acórdãos, por entender que as indenizações neles contidas não se adequavam ao bem jurídico tutelado, ou se promoveu a manutenção destes, demonstrando estar em consonância com o bem jurídico tutelado:

Tabela 01 – Julgamentos divulgados pela imprensa oficial do STJ.⁸⁰

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp. nº 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 salários-mínimos	Resp. nº 801181

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Portal do Superior Tribunal de Justiça. STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. Imprensa Oficial do STJ, Brasília, 2009. Acesso em: 02.nov.2019.

Cancelamento injustificado de passagem aérea	100 salários-mínimos	R\$ 8 mil	Resp. nº 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp. nº 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 salários-mínimos	R\$ 10 mil	Resp. nº 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 salários-mínimos	Resp. nº 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp. nº 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp. nº 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp. nº 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp. nº 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp. nº 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp. nº 872630

No entanto, não há um “tarifamento” pelo STJ, sendo certo que os valores divulgados em seu portal possuem caráter meramente informativo, de maneira que cabe a cada julgador analisar as jurisprudências dos Tribunais Superiores em casos semelhantes para se alcançar o valor inicial a ser aplicado no método bifásico.

Acerca do valor inicial, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ao proferir voto em que elucidou a método bifásico, apresentou que:

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da

matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.⁸¹

A primeira fase do método, portanto, afere de forma genérica o *quantum* indenizatório que seria arbitrado em situações que envolvessem a ofensa a um mesmo direito, ignorando os pormenores e peculiaridades inerentes ao caso concreto.

Após a delimitação de um valor base, apto a proteger o bem jurídico lesado, tem início a segunda fase do método, em que se objetiva promover um equilíbrio entre o bem jurídico lesado e já quantificado e as distinções do evento em testilha.

IV.II Critérios analisados na Segunda fase da Teoria

Identificado o montante indenizatório médio na primeira fase do método bifásico, é realizada a análise pormenorizada do caso *sub examine*, de forma a se alcançar um arbitramento equitativo do dano extrapatrimonial.

Busca-se, portanto, reparar integralmente o evento danoso de forma equitativa, razoável e proporcional, conforme bem esclarece o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

⁸¹ STJ. REsp 959.780/ES. Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 06/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200700554919&t> Acesso em: 04 abr 2019

Verifica-se, portanto, que o objetivo desta etapa é produzir um valor indenizatório que seja efetivamente equitativo e que considere todo o contexto em que se deu a ofensa em questão.

Nesta segunda fase serão analisados cinco critérios, todos eles suficientes singularmente para elevar ou reduzir o montante indenizatório já previamente identificado. São eles:

- i) dimensão do dano;
- ii) culpabilidade do agente;
- iii) culpa concorrente da vítima;
- iv) condição econômica do ofensor;
- v) colocação social, política e econômica da vítima.

Os cinco critérios, a seguir detalhados, são suficientes, por si sós, para alterar o *quantum* já prefixado na primeira etapa do método bifásico de concreção do dano moral.

Ao leitor atento, cabe perceber que os critérios se diferenciam em 3 grupos distintos.

O primeiro analisa isoladamente o evento danoso, buscando analisar a percepção que a sociedade teria daquele fato e seu grau de reprovabilidade; ou seja, a interpretação do fato a partir do contexto no qual ele ocorre.

O segundo grupo analisa o agente causador do dano (o ofensor). Em um primeiro momento, a partir da culpabilidade de sua conduta (isto é, uma investigação subjetiva dos estímulos que provocaram sua conduta ou daqueles que poderiam tê-lo feito evitá-la); em um segundo momento, uma análise de sua condição econômica, que será de alto relevo para alcançar-se a somatória total razoável e cabível para restabelecer o pacto social entre os envolvidos e perante o corpo social como um todo.

Em um terceiro grupo, estão a atitude da vítima perante o evento danoso (quanto poderia ela ter evitado ou quanto eventualmente ela contribuiu para a ocorrência do fato), bem como suas posições sociopolítica e econômica, enquanto fato a ser levado em consideração para se contabilizar quanto é um valor razoável para a indenização.

IV.II.a Dimensão do dano

A dimensão do dano sofrido pelo ofendido, apontado pelo método bifásico como um dos critérios para a fixação do dano moral, analisa a partir da narrativa dos fatos ocorridos a efetiva gravidade do dano sofrido, observando, além da dimensão subjetiva da vítima, também a repercussão da ofensa em relação a todo o conjunto da sociedade.

O critério tem especial relevância, pois a quantificação é essencial na busca de se determinar uma razoável indenização que corresponda à medida do dano experimentado pela vítima, em observância ao princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*).

Na realidade, percebida qualquer violação aos direitos da personalidade, nenhuma ação humana poderá ser realizada para o fim de restabelecer a vítima à situação anterior (*status quo ante*), em razão da natureza subjetiva do dano provocado. O que se terá é uma forma; assim, uma tentativa de compensar o dano sofrido com uma reparação.

A partir da identificação da extensão e da gravidade do dano, poderá o juiz determinar a reparação mais adequada e razoável, que é comumente tida por uma quantia pecuniária a ser estabelecida a partir da análise dos fatos.

Isso significa que o valor pecuniário a ser pago deve ser estabelecido atendendo proporcionalmente à intensidade da lesão e o grau de relevância do bem jurídico violado pelo evento danoso.⁸² Assim aponta Sérgio Cavalieri Filho,⁸³ para quem a análise da extensão do dano está intimamente associada ao princípio da reparação integral, uma vez em que se busca a restituição, de forma plena, do *status quo ante*.

Além disso, também se deve verificar, de forma pormenorizada, se a extensão do dano restou ampliada em razão de malferimento à honra por veiculação de notícias injuriosas em meio de comunicação ou em

⁸² MALLET, Estevão. **Prática de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. v. 2. p. 164.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13, p. 106-107.

plataformas digitais, o que intensificará sua extensão e, por conseguinte, o valor a ser arbitrado.⁸⁴

Por outro lado, se faz pertinente ressaltar que existe uma parcela da doutrina que apresenta rígidas críticas à utilização da extensão do dano como critério subjetivo utilizado pelo magistrado para a quantificação do dano moral.

Tais críticas são fundamentadas, principalmente, diante da dificuldade de se indicar, com a precisão necessária, qual seria a real extensão do dano, produzindo elevado grau de subjetividade ao julgado.⁸⁵

No entanto, em que pese as advertências apresentadas pela parcela minoritária da doutrina, o critério em questão é percebido também na legislação pátria, no artigo 944, caput, do Código Civil de 2002,⁸⁶ cuja redação determina que “*a indenização mede-se pela extensão do dano*”.

Percebe-se a pertinência do tema pela forma clara como o legislador adotou o critério no dispositivo. Desse modo, é razoável afirmar que o critério tem o respaldo do ordenamento jurídico vigente e foi corretamente adotado pela jurisprudência pátria, devendo, por conseguinte, ser utilizado pelos nobres julgadores.

IV.II.b Culpabilidade do agente (intensidade do dolo ou grau de culpa)

Outro critério utilizado nesta fase do método bifásico para a quantificação do dano moral é a culpabilidade do agente. A importância da utilização desse critério paira na necessidade do dever de indenizar guardar um paralelo de proporcionalidade com a conduta praticada pelo agente ofensor, ou seja, aquele que praticou o evento danoso deve arcar proporcionalmente com a extensão da conduta praticada.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 101.

⁸⁵ ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina**. São Paulo: LTr, 2009.

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 21 jul. 2019

Tal critério também encontra escopo na legislação pátria, especificamente no Código Civil atual, cujo parágrafo único do artigo 944 assim prevê:

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

Conforme se verifica acima, a redação utilizada pelo legislador aponta o verbo “reduzir” a fins de alcance de equidade na determinação da reparação. Permite-se, daí, extrair que a gravidade deve ser previamente observada para alcançar a decisão, e poderá ser fator redutivo, se assim entender necessário o julgador.

O que se tem é a busca, a partir da análise da intensidade da conduta do agente ofensor, pela majoração do valor indenizatório nos casos em que o causador do dano agir com dolo ou maior imprudência, imperícia ou negligência e, *mutatis mutandis*, pela redução nas hipóteses de dano semelhante, mas que tenha havido conduta mais zelosa por parte do agente, resultando, por conseguinte, na minoração do valor a ser arbitrado pelo julgador.⁸⁷

Em outras palavras, a mensuração da culpa pode ser utilizada em favor do autor do dano, diminuindo o valor a ser indenizado, mas também poderá ser utilizado em favor da vítima, promovendo uma majoração do *quantum* indenizatório.⁸⁸

André Gustavo Corrêa de Andrade,⁸⁹ ao analisar a culpabilidade do causador do dano, afirma:

“uma conduta dolosa deverá ser mais gravemente sancionada que uma culposa de igual repercussão; de duas condutas dolosas, será merecedora de sanção mais grave aquela cuja motivação seja mais reprovável; o ato lesivo praticado de forma premeditada deve ser repreendido mais duramente do que o ilícito que, embora doloso, não tenha decorrido de deliberação prévia; entre duas condutas lesivas não dolosas, a punição deverá ser exacerbada para aquela em que a culpa se mostrar

⁸⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. **Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho: identificação das ofensas morais e critérios objetivos para quantificação**. São Paulo: LTr, 2014. p. 227-228.

⁸⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: RT, 2005. p. 135.

⁸⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 301.

mais grave; a culpa consciente deve, em princípio, ser mais severamente repreendida que a culpa inconsciente”

Tal critério, conclui Silvio Rodrigues,⁹⁰ é de extrema importância na promoção de decisões equânimes, uma vez que não são raras as hipóteses em que a culpa em grau mínimo do autor do dano promove dano desmedido ao ofendido, sendo certo que a concreção de um valor indenizatório elevado poderia causar o enriquecimento ilícito do ofendido.

IV.II.c Culpa concorrente da vítima

O comportamento da vítima também é levado em consideração na busca pela mais adequada indenização. No caso, se deve ponderar se seu comportamento ativa ou passivamente contribuiu para a ocorrência do evento danoso e de que modo.

Trata-se de critério essencial para se atingir um arbitramento mais equânime do dano moral, visto que, a partir da percepção da conduta do ofendido, será possível alcançar a medida proporcional mais adequada, inclusive para eventualmente reduzir o valor a ser indenizado de acordo com o grau de culpa daquele que sofreu o abalo moral.

A culpa concorrente da vítima não era prevista pelo Código Civil de 1916. Todavia, ainda durante a vigência daquele código, a doutrina e a jurisprudência pátria passaram a considerá-la como característica essencial para a valoração da indenização.

Recentemente, com o advento do Código Civil de 2002, a culpa concorrente da vítima passou a ser legalmente prevista, no artigo 945 do novo código:

Art. 945 Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano

⁹⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 04. p. 203-204.

Além do citado, o Código Civil de 2002 também faz menção à culpa concorrente da vítima no parágrafo único do seu artigo 738:

art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

Verifica-se em que medida a conduta da vítima contribuiu para o evento danoso. A partir dessa análise, se atinge um arbitramento mais equânime do dano moral, visto que será possível reduzir, proporcionalmente, o valor a ser indenizado de acordo com o grau de culpa daquele que sofreu o abalo moral.

Em suma, o objetivo maior deste critério é analisar a ocorrência dos fatos a partir das perspectivas de ambas as partes envolvidas, a fim de que, assim, possa haver a melhor promoção de indenizações mais equânimes, que levem em consideração os atos de cada envolvido e estabeleçam uma resposta proporcional às suas condutas.

IV.II.d Condição econômica do ofensor

Além dos critérios já apontados, destacando também a relevância da conduta do agente do evento danoso, outro critério a se levar em consideração quando para a materialização do *quantum* indenizatório é a própria condição econômica do ofensor.

Tal critério é de suma importância para o valor do ressarcimento por duas razões iniciais primárias.

De início, vale observar que a conta final da indenização deve ser razoável com a condição econômica do ofensor, de modo que seja aceitável e justa enquanto punição a este e suficiente para reparar o

dano provado (alcançando, ou promovendo ao máximo, o restabelecimento da situação anterior ao evento danoso) ao ofendido.

Por outro lado, a condenação indenizatória deve também atuar de modo a prevenir a repetição do fato. Ela deve ser um valor razoável o suficiente para ser contabilizado na situação econômica do ofensor como uma contraprestação equânime à conduta por ele perpetrada, de maneira que um ato – a indenização – compense (ou aproxime-se ao máximo de compensar) o outro ato – a conduta que provocou o evento danoso à vítima.

Assim considerando, se percebe a imprescindibilidade da análise de tal critério para a concretização da tutela jurisdicional almejada pela vítima, visto que o arbitramento aquém do valor razoável cabível ao ofensor não teria o caráter de punibilidade que prevê evitar a repetição de tais fatos.

Nesse exato sentido aponta José Affonso Dallegrave,⁹¹ para quem a análise econômica do ofensor ganha especial importância para se evitar que a conduta danosa se torne vantajosa para o ofensor, visto que o arbitramento de valor indenizatório ínfimo poderia não repelir a conduta danosa.

Por outro lado, uma indenização desproporcionalmente maior do que a capacidade econômica do ofensor a tornaria inexecutável,⁹² o que resultaria apenas em um reconhecimento de dívida e não no efetivo pagamento do dano moral pleiteado pelo ofendido.

Contudo, nada impede que o julgador, ainda assim, quantifique o valor indenizatório em montante superior à possibilidade econômica do ofensor, em homenagem ao princípio da reparação integral do dano, ainda que, em um primeiro momento, não seja possível a sua imediata execução.

Cabe ao julgador, portanto, assegurar o direito pleiteado pela vítima quando se socorreu da tutela jurisdicional do Estado. Por outro lado,

⁹¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 191-192.

⁹² ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina**. São Paulo: LTr, 2009.

cabará à própria vítima, em tal hipótese, identificar eventual alteração da condição econômica do ofensor e adotar as medidas judiciais cabíveis para dar concretude ao direito chancelado pelo órgão julgador.

IV.II.e Colocação social, política e econômica da vítima

Por fim, o último critério a ser observado nessa fase de composição da quantia indenizatória a ser imposta ao ofensor são as condições socioeconômica e política da vítima.

A análise de tais condições da vítima é, dentre os cinco critérios utilizados na segunda fase do método bifásico, o de maior controvérsia doutrinária.

Para fins de elucidação, se exemplifica a adoção deste critério em uma situação hipotética em que dois indivíduos, de mesma idade, sexo e profissão possuem salários distintos e que sejam ressarcidos por danos morais em razão de um acidente de ônibus que causou a ambos a traumática amputação de uma das pernas.

Partindo-se da premissa que todos os demais elementos são idênticos, o ressarcimento daquele de maior salário será, por conseguinte, superior ao ressarcimento daquele que possui menor salário.

Assim, na hipótese elencada, o abalo moral sofrido por uma amputação será majorado em casos de vítimas mais abastadas, uma vez que, nesse critério, a análise do dano moral fica adstrita ao poder político, econômico e social da vítima.

Maria Celina Bodin de Moraes,⁹³ ao analisar este critério, afirma que sua utilização pode implicar na inquietante valoração da dignidade humana sob uma abordagem pecuniária, em que se fixam indenizações inferiores aos menos favorecidos em relação ao que se é arbitrado aos mais favorecidos, ainda que ambos tenham sofrido o mesmo evento danoso, como se fosse possível afirmar, ainda que hipoteticamente, que

⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.

o sofrimento enfrentado pela pessoa mais abastada fosse de maior intensidade.

A autora acrescenta ainda que a aplicação do mencionado critério poderia esbarrar, em determinadas situações, no próprio conceito do dano moral, que nada mais é do que uma violação a um direito geral de personalidade e que, por sua vez, pode ser visto como o direito de todos os indivíduos de terem sua dignidade humana constitucionalmente preservada.

O emprego da capacidade econômica, social e política da vítima gera ainda mais dúvidas acerca de sua constitucionalidade quando a hipótese do dano for, por exemplo, a perda de um filho.

Em tal situação, teríamos que o abalo moral sofrido por pessoa mais humilde, diante da perda de um filho, seria – necessariamente – inferior ao abalo sofrido por mãe melhor situada economicamente.

Em contrapartida, parte relevante da doutrina⁹⁴ defende a análise da capacidade social da vítima para a concreção do dano moral, observando que a aplicação deste critério é utilizada para afastar eventual enriquecimento ilícito e, em razão da relevância do tema para o presente trabalho, este passará a ser analisado de forma mais detalhada

IV.III Enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa, também conhecido como locupletamento ilícito, nada mais é do que auferir vantagem econômica (acréscimo de patrimônio) de forma injustificada de determinado sujeito, em detrimento de outrem, sem que haja uma justificativa jurídica e idônea para tanto.⁹⁵

Em que pese se tratar em instituto histórico,⁹⁶ utilizado desde o direito romano, sua aplicação ainda é permeada de controvérsias.

⁹⁴ THEODORO Júnior, Humberto. **Dano Moral**. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 222-221.

⁹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 26, p. 151.

⁹⁶ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão faz ressalvas acerca da análise histórica deste instituto: “A análise histórica do instituto do enriquecimento sem causa apresenta-se de elaboração problemática, atendendo ao facto de terem sido diversos institutos jurídicos, sujeitos a diferentes tipos de conexões e desenvolvimentos durante a sua evolução histórica, que serviram de base à consagração do princípio da repressão do enriquecimento injustificado”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O**

O Código Civil de 2002 destacou o instituto do enriquecimento sem causa, trazendo um capítulo exclusivo sobre o tema⁹⁷ e positivando sua aplicação:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Sob a ótica constitucional, o Supremo Tribunal Federal possui firme posicionamento no sentido de que “A Constituição Federal, muito embora não contenha preceito algum nesse sentido, refuta o enriquecimento sem causa”.⁹⁸

O próprio Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana interferiu sobremaneira no Direito Privado e o clássico modelo de contrato, até então baseado em interesses individuais, preconizando que deve haver uma relação de equilíbrio entre os integrantes de uma relação obrigacional.⁹⁹

O critério utilizado para afastar o enriquecimento ilícito fica longe de vulnerar a Carta Política. No entanto, é preciso verificar se há um enriquecimento sem causa diante do recebimento de uma indenização decorrente de danos morais.

enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa. Coimbra: Almedina, 2005, p. 59.

⁹⁷ O Capítulo IV do Código Civil de 2002 trata exclusivamente do Enriquecimento Sem Causa. O Código Civil de 1916 não positivou a matéria. Todavia, a vedação ao enriquecimento ilícito já estava presente no ordenamento civil por meio de regra diretiva e não positivada para a interpretação e aplicação dos institutos do direito privado, merecendo maior destaque no âmbito do direito das obrigações.

⁹⁸ STF. AgRg no RE 589.212/SP. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 11/12/2017.

⁹⁹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A Constituição Federal e a concepção social do contrato.** In: “Temas atuais de direito civil na Constituição Federal / organizadores Rui Geraldo Camargo Viana, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2000, p. 86.

É necessário, ainda, estabelecer quando haverá o enriquecimento ilícito. Suponha-se que com a aplicação do método bifásico, para determinado dano moral, alcançou-se como valor básico norteador da primeira fase o montante de 50 mil reais. Na análise da fase subsequente, caso a vítima fosse pessoa paupérrima, dever-se-ia reduzir o valor indenizatório. Caso não houvesse tal redução, vale questionar a hipótese de um “enriquecimento ilícito”. A resposta parece-nos ser negativa.

O enriquecimento auferido na hipótese narrada decorre diretamente de um dano sofrido, havendo justa causa para o recebimento do montante, sendo este decorrente de relação jurídica e lícita, inexistindo prejuízo a outrem.

Em outras palavras, o aumento de patrimônio foi devidamente justificado e merecido, inexistindo os requisitos necessários e hábeis a justificar um enriquecimento sem causa. Conforme esclarece Paulo de Tarso Sanseverino:¹⁰⁰

“A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real).

Não se desconhece que se determinada indenização for elevada e desproporcional ao dano sofrido, haverá, incontestavelmente, o enriquecimento ilícito da vítima. Todavia, não será em razão da condição econômica da vítima e, sim, em razão da ausência de ponderação do *quantum* indenizatório arbitrado.

É importante, portanto, diferenciar dois tipos de indenização: i) a indenização que gera o “enriquecimento sem causa”, na qual deverá haver o enriquecimento do *accipiens* e o empobrecimento do *solvens*, sem que haja uma justa causa jurídica; e ii) a indenização que, quando

¹⁰⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58

aplicada, gera – proporcionalmente - um “enriquecimento elevado da vítima”.

O enriquecimento auferido na segunda hipótese é decorrente de uma relação jurídica e lícita, que permite a aferição de vantagem patrimonial.

Portanto, a indenização, ainda que torne “rica” uma vítima que antes do dano enfrentado era “pobre” é lícita, não devendo ser interpretada como enriquecimento sem justa causa ou como incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

V CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA E POLÍTICA DA VÍTIMA SOB A ÓTICA DA EQUIDADE

Conforme apresentado no último tópico do capítulo antecedente, a capacidade econômica da vítima deve ser analisada como critério para estabelecimento de uma quantia indenizatória razoável em comparação ao dano moral sofrido.

Todavia, o que não parece ser coerente é a utilização da condição socioeconômica e política da vítima para promover a diminuição do valor identificado na primeira fase do método bifásico.

Entende-se que tal critério pode e deve ser utilizado na concreção do dano moral, flexibilizando-se a regra do direito para promover uma decisão equânime.¹⁰¹

Além disso, cumpre lembrar que, conforme abordado no Capítulo III do presente estudo, o dano moral busca a reparação integral do dano sofrido:

“...por se tratar de ofensa a um bem imaterial insuprível de ser recolada no seu *status quo ante*, pois apesar do fato de não ser possível conceder à vítima a própria coisa lesionada, pode-se conceder uma compensação de sua dor íntima através de um pagamento de uma soma pecuniária a ser arbitrada pelo consenso do juiz” (extraído da decisão do Min. Dias Toffoli. DJe 04/12/2013 – RE 609650/AL)

O patrimônio desmaterializado necessita de proteção do mesmo modo que se tutela o patrimônio material e, se possível fosse, buscar-se-ia formas de protegê-lo e ressarcir seu eventual dano à exata medida computada.

Todavia, o bem imaterial possui caráter intrinsecamente subjetivo, e daí nasce a dificuldade para o legislador ou mesmo para o julgador apontar uma medida justa e razoável, que restabeleça o estado anterior da relação e promova o bem social.

¹⁰¹ SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 638.

Ante tal dificuldade e controvérsia, o princípio da equidade parece poder lançar luz sobre o tema. Especificamente em relação à indenização por dano moral, aponta o filósofo do direito alemão Karl Engisch que o arbítrio fundado na equidade da indenização institui um procedimento de “concreção individualizadora”, propondo que todas as circunstâncias específicas do caso sejam abalizadas para a definição das suas resultantes jurídicas.¹⁰²

A proposta do estudioso alemão vai ao encontro dos critérios utilizados pelo método bifásico, que abordam o ato isolado, os comportamentos dos envolvidos e as condições particulares destes.

Todavia, a controvérsia estabelecida em relação ao quinto critério utilizado na segunda etapa do método merece atenção mais detalhada, especialmente quando se propõe a hipótese de que um mesmo fato, oriundo do mesmo evento, alcança dois indivíduos distintos da mesma exata maneira.

Na situação hipotética em que houve danos idênticos a dois indivíduos e a única diferença é que o primeiro indivíduo é abastado financeiramente e o segundo indivíduo possui uma renda drasticamente menor, a metodologia aplicada ver-se-ia na controversa possibilidade de determinar distintas indenizações aos indivíduos que sofreram exatamente o mesmo dano.

Questiona-se se, em tal hipótese, a aplicação do critério seria uma solução equitativa, uma vez que as condições de cada indivíduo, analisadas separadamente, levam a decisões distintas, ainda que diante do mesmo fato.

A indagação se torna ainda mais relevante quando se parte da premissa que o direito à indenização equânime se correlaciona intrinsecamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme aponta Luis Roberto Barroso:¹⁰³

¹⁰² ENGISCH, Karl. *La idea de concrecion en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Tradução de Juan José Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1968, p. 389.

¹⁰³ Este posicionamento foi defendido pelo Ministro Luis Roberto Barroso por meio de voto vista apresentado no julgamento do RE 580.252/MS. A íntegra do seu voto pode ser acessada em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. (Acesso em 30.11.2019)

Em linha com a centralidade da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, a Carta de 88 assegura a ampla indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de violações a uma ampla gama de interesses existenciais, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, V e X, CF). Como observou Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade humana e os danos morais correspondem a duas faces de uma moeda. A causa do dano moral nada mais é do que a lesão à dignidade, de modo que 'quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injusto sofrido.

Para responder à indagação, se rememora o conceito de equidade previamente apresentado, que a define como perene de renovação jurídica capaz de promover a justa individualização normativa e adaptar a realidade às formas do direito; ou seja, a individualização só é possível a partir da análise de critérios subjetivos dos indivíduos, dentre os quais estão os estados econômico e social da vítima.

Todavia, não parece cabível que esse parâmetro, comumente aplicado no direito brasileiro, deva ser utilizado de forma genérica, capaz de majorar ou minorar o valor indenizatório.

V.I Minoração do dano

O princípio da equidade não deve servir de fundamento para a utilização das capacidades econômica, social e política do ofendido como ferramenta hábil a minorar o dano previamente quantificado na fase inaugural do método bifásico.

Sendo o montante identificado na primeira fase um valor indenizatório médio e justo, a mera condição do ofendido de integrar uma classe social menos favorecida não promove a redução do dano por ele enfrentado, tampouco o ameniza.

Utilizar o princípio da equidade para reduzir o valor indenizatório dos menos favorecidos promove uma ameaça ao Direito, criando uma situação paradoxal, justamente porque o Princípio da Equidade foi concebido como forma de salvaguardar os direitos decorrentes da individualidade, e não como ferramenta para a retirada destes.

A utilização desse critério como meio de se evitar o “enriquecimento ilícito”, conforme já apontado, não possui respaldo no ordenamento jurídico, por se tratar de enriquecimento lícito decorrente do dano experimentado.

Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral é necessariamente incompatível com o juízo de equidade e com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República.¹⁰⁴

A justificativa da minoração dos danos morais, como ferramenta impeditiva de ascendência social, é mero meio para subjugar o outro, sendo premissa que radica sua inequívoca força para fragmentação do Direito daqueles que são menos assistidos.

V.II Majoração do dano

A possibilidade da utilização da capacidade econômica social e política como critério hábil a majorar o dano identificado na primeira fase do método bifásico parece, também, não ser a melhor solução para a concreção de valores indenizatórios justos e que promovam a observância do Princípio Constitucional da Equidade.

Isso porque o objetivo – ainda que utópico – do dano moral seria o de buscar o *status quo ante bellum*, em que pese ser impossível, por se tratar logicamente de um bem imaterial.

Busca-se, assim, trazer uma sensação de “felicidade”, por meio de arbitramento pecuniário, que seja proporcionalmente equivalente à sensação de “infelicidade” enfrentada quando a vítima experimentou o dano.

A reparação pecuniária do dano moral não visa definir um *pretio doloris*, mas proporcionar uma compensação equivalente ao sofrimento experimentado.¹⁰⁵ Logo, a natureza subjetiva dos danos morais não impede que seja precisado um valor compensatório.

¹⁰⁴ Posicionamento adotado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 447584, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 28/11/2006.

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Vol III. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 87

Razoável parece ser a ampliação da indenização por dano moral quantificada à determinada vítima, caso a capacidade econômica, política e social da vítima amplie a ressonância causada pelo evento danoso enfrentado, mantendo-se sua eficácia reparadora.

Uma indenização de mil e quinhentos reais, por exemplo, a uma vítima que possui carreira pública e foi difamada, pode não promover um sentimento de “felicidade” suficientemente capaz de compensar sofrimento a ela causado pelo evento danoso se essa difamação for propagada por jornais e rádios.

Nesse contexto, se verifica que a Constituição Federal de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral um tratamento diferenciado por meio dos incisos V e X do artigo 5º, desejando que a indenização decorrente desse dano se tornasse mais ampla.

Portanto, a análise da capacidade econômica, política e social da vítima é forma adequada apenas para a análise da extensão do dano e, em caso desta condição peculiar da vítima proporcionar a extensão do dano, este, por conseguinte, deve ser majorado.

Nesse contexto, se passa a breve estudo de caso em que o Superior Tribunal de Justiça optou por não aplicar a capacidade econômica da vítima na aplicação do método bifásico, entendendo ser os demais critérios da metodologia suficientes para a sua aplicação.

VI ESTUDO DE CASO

VI.I Explicação do processo escolhido

O Recurso Especial nº 1.749.965 utilizou, didaticamente, o método bifásico para alteração da fixação dos danos morais arbitrados pelas instâncias ordinárias, em decorrência de imperícia obstétrica, que resultou em tetraplegia e posterior falecimento da vítima resultante do dano provocado.

Buscou-se analisar a aplicação do método bifásico em um caso de imperícia médica em razão do elevado número de ações acerca do tema e, principalmente, dos danos trazidos por tal evento no Brasil e no mundo. Conforme aponta a Organização Mundial da Saúde (OMS), cinco pessoas morrem minuto em decorrência de erro médico.¹⁰⁶

Cada infeliz caso de erro médico, hipotético ou não, é permeado de diversas singularidades e peculiaridades. Isso poderia sugerir, em uma análise perfunctória, uma restrição à utilização do método bifásico, diante da ausência de semelhança entre os casos, impossibilitando que se norteasse o valor indenizatório base a ser definido na primeira fase da metodologia.

Todavia, o crescimento de ações indenizatórias decorrentes de erro médico e, também, o aumento de casos distribuídos no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, permitem uma avaliação detida do tema e a correta aplicação do referido método para a valoração da indenização a ser aplicado.

Conforme aponta o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo,¹⁰⁷ no ano de 2002 haviam 120 ações decorrentes de erro médico em trâmite no Superior Tribunal de Justiça. Em seis anos esse número mais que triplicou, atingindo 398 casos em tramitação. Em 2014,

¹⁰⁶ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2019-09/oms-mostra-que-5-pessoas-morrem-cada-minuto-por-erro-medico>

¹⁰⁷ http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Imprensa&acao=crm_midia&id=512

ano em que o método bifásico já estava bem consolidado, se verificou a existência de 626 casos em tramitação, proporcionando vasto material para a análise do tema.

A escolha do caso também levou em consideração o fato de ser julgamento extremamente recente, cujo processo sequer transitou em julgado, e que se optou por ignorar um dos critérios da segunda fase do método bifásico, qual seja, a capacidade econômica do ofendido, para a análise e conseqüente concreção do dano moral sofrido.

VI.II Objeto e histórico do processo

A ação, em sua origem, requereu indenização por danos morais em razão de lesão medular ocorrida durante o parto. A lesão resultou em tetraplegia da vítima, que, após enfrentar por quatorze anos os danos decorrentes da tetraplegia, veio faleceu em razão de complicações desta.

Após a produção de perícia e demais trâmites processuais, inerentes à marcha processual, sobreveio sentença condenatória determinando o pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais):

“Assim, tendo em vista as condições econômicas das partes e os demais elementos consubstanciadores da reparação pelo dano moral, quais sejam: o punitivo – para que o causador do dano, pelo fato da condenação, seja castigado pela ofensa perpetrada – e o compensatório – para os autores, que receberão uma soma em dinheiro que lhes proporcione prazeres, ou no mínimo alento, como contrapartida pelo mal sofrido, fixo a indenização dos danos morais, psicológicos e estéticos devidos aos autores do menor, no valor de R\$ 1.000.000,00 diante da frustração de, por erro médico, terem sido privados do convívio com um filho normal, e sem qualquer deficiência ou debilidade, tudo atualizado monetariamente a partir desta data e acrescido de juros moratório de 12% ao ano, devidos desde a data da primeira citação”. (Juiz Claudio Antonio Marquesi. 30ª Vara Cível Central de São Paulo. Proc. Nº 05.055472-5)

Após a interposição de apelação por ambos os polos,¹⁰⁸ o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu acórdão determinando a manutenção da sentença no tocante à indenização decorrente de danos morais.

Houve a interposição de recurso especial, pelo polo passivo da ação, no qual se alegou, ao que interessa ao presente estudo de caso, violação ao artigo 944 do Código Civil,¹⁰⁹ uma vez que o valor arbitrado a título de compensação por danos morais, teria sido fixado de maneira exorbitante.

Conforme se passará a analisar, o Superior Tribunal de Justiça utilizou o método bifásico para dirimir a controvérsia instaurada, apontando de forma fundamentada os critérios utilizados para se alcançar um valor indenizatório tido como razoável, capaz de atender às peculiaridades do caso concreto e permitir que a tutela jurisdicional estatal seja aplicada de forma a privilegiar o princípio constitucional da equidade.

VI.III Análise da aplicação do método bifásico

O caso em testilha buscou dirimir a controvérsia acerca da razoabilidade do valor arbitrado a título de compensação por danos morais, decorrente de erro médico na realização de parto com fórceps, acarretando em tetraplegia por mais de uma década do infante vitimado e seu posterior óbito em decorrência do mesmo fato.

Em um primeiro momento, o acórdão buscou narrar e delimitar as peculiaridades do caso concreto, expondo as situações enfrentadas pela vítima, permitindo uma melhor compreensão da extensão do dano sofrido.

¹⁰⁸ TJSP. Apelação Cível nº 0055472-07.2005.8.26.0100. Rel. Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. Julgado em 19.07.2016. Publicado em 11.07.2016.

¹⁰⁹ 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.

Para tanto, apontou as provas apreciadas e a conclusão adotada pelas instancias inferiores, que arbitraram a indenização em R\$ 1.000.000,00. Na sequência, o acórdão socorreu-se do método bifásico para analisar se o valor indenizatório era razoável em razão do dano enfrentado e das singularidades que permeiam a narrativa trazida nos autos do recurso em apreço.

VI.III.a Primeira fase

Após a descrição detalhada do caso concreto, o acórdão iniciou a aplicação da primeira fase do método bifásico com a consequente identificação de valores aplicados pela jurisprudência em julgamentos de casos semelhantes.

A identificação de um valor médio a ser utilizado como montante norteador se deu após a análise de julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça, sendo apontados pelo acórdão um total de oito jurisprudências.

Todos esses julgados tiveram como pano de fundo ações indenizatórias decorrentes de erro médico, praticados durante o trabalho de parto da vítima e que resultaram em sequelas gravíssimas ao bebe e/ou o seu falecimento.

Os valores identificados na jurisprudência e trazidos pelo acórdão em testilha apontou os valores indenizatórios praticados em casos semelhantes, identificando textualmente o valor arbitrado em cada um dos precedentes, conforme compilado na tabela abaixo:

Tabela 02 – Jurisprudência comparativa.

Processo	Tese objeto da indenização	Valor arbitrado
RESP 1608573/RJ	Genitora cujo filho veio a óbito após um parto tardio (erro médico).	R\$ 90.000,00

ARESP 1.249.098/SP	Genitora cuja filha veio a óbito após a insistência do médico para a realização de parto normal.	R\$ 80.000,00
RESP 1.649.484/AM	Criança que ficou em estado vegetativo em decorrência de erro médico.	R\$ 360.000,00
RESP 1.642.999/PR	Genitora cuja filha sofreu deficiência neurológica (por erro médico) e veio à óbito.	R\$ 200.000,00
RESP 1.593.653/RJ	Menor que sofreu sequelas motoras e neurológicas em decorrência de erro médico.	R\$ 111.600,00
ARESP 724.092/SP	Para cada genitor em razão de filho que ficou em estado vegetativo em decorrência de erro médico.	R\$ 200.000,00
ARESP 180.480/SP	Genitora cujo filho veio à óbito após parto tardio.	R\$ 163.500,00
RESP 1.195.656/BA	Genitora cujo retardamento do parto, por erro médico, resultou em sequelas irreversíveis para o filho.	250 salários mínimos.

Buscando aproximar ainda mais os precedentes citados à hipótese em análise, o acórdão destacou o entendimento calmo e pacífico do Superior Tribunal de Justiça no sentido de equiparar, para fins de dano moral, o estado vegetativo à situação, pelo menos, tão gravosa quanto o óbito e passível de ser, inclusive, classificada como sendo mais gravosa, visto que pode se prolongar o sofrimento enfrentado por longa data.

Em que pese o acórdão não delimitar exatamente o valor específico utilizado como sendo o valor base para a primeira fase do método bifásico, se pode facilmente inferir que esse valor figura entre R\$ 80.000,00 (menor valor encontrado nos acórdãos citados) e 360.000,00 (maior valor utilizado), sendo certo que R\$ 181.887,50 foi a média dos valores arbitrados à título de danos morais nos precedentes apontados pelo acórdão.

VI.III.b Segunda fase

A segunda fase do método bifásico, por sua vez, busca a aproximação do valor base identificado na primeira fase às características do caso, produzindo um *decisium* equânime capaz de identificar o quantum indenizatório de forma coerente.

O referido acórdão inaugura a análise da segunda fase do método bifásico, especificamente por meio do critério referente à extensão do dano causado ao ofendido, apontando as principais circunstâncias enfrentadas por ele, e diferenciando, por assim sendo, o caso em análise dos precedentes colacionados no acórdão como referência para a fase inaugural da valoração da indenização:

“Na presente hipótese, deve ser levado em conta como circunstancia agravante o fato de a família estar envolvida com esta gravíssima situação ao longo de 15 anos, pois durante toda a vida do seu filho tiveram que experimentar sua limitação “a depender do auxílio de terceiros, 24 horas por dia, bem como de ventilação mecânica, situação esta que perdurou até o seu falecimento”. (página 8 do acórdão)

Após apontar a extensão do dano, o acórdão passa a analisar, então, a relevância da capacidade econômica do réu, para a concreção do dano moral. Nesse sentido, o acórdão observa que o réu é pessoa jurídica atualmente submetida a regime falimentar, perpassando, por

consequente, por condição econômica e financeira extremamente desfavorável.

Ato contínuo, tem início a análise da culpa do agente ofensor, tendo o acórdão apontado que, antes mesmo da existência de ação, o causador do dano buscou a “efetiva colaboração, diante da dramática situação criada, em favor do núcleo familiar”, na tentativa de reduzir sua culpa em razão da conduta por ele praticada.

Aqui cabe apontar que as instâncias ordinárias, após a detida análise das provas, apontaram a inexistência de culpa concorrente e tal conclusão não foi objeto de recurso, sendo desnecessária sua reanálise pelo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual, quando da aplicação do método bifásico no caso objeto do presente estudo, se obliterou a análise de tal circunstância.

O acórdão objeto do presente estudo concluiu que o valor indenizatório de um milhão de reais é exorbitante para as características próprias do caso, promovendo a redução dos danos morais para o montante indenizatório de trezentos mil reais, entendendo ser este o valor justo e equitativo diante das diversas peculiaridades encontradas no caso concreto.

No entanto, merece maior destaque o fato de o caso em apreço não analisar a capacidade econômica da vítima para a fixação do montante indenizatório. Olvidou-se da utilização deste critério, entendendo este não ser relevante para o arbitramento do quantum indenizatório.

Nos parece lícito supor que este entendimento deve passar a vigorar com maior relevância nos próximos julgados, uma vez que se trata de precedente recente, não tendo o recurso especial nº 1.749.965 transitado em julgado até a data do depósito deste estudo.¹¹⁰ Destaca-se, também, que o acórdão objeto da presente análise ocorreu de forma unânime, presente à sessão, inclusive, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, jurista responsável pela elaboração da metodologia

¹¹⁰ Dissertação depositada em 12 de janeiro de 2020.

bifásica como ferramenta para a concreção do valor para indenização de danos morais.

VII CONCLUSÃO

A conversão em pecúnia do valor a ser arbitrado a título de dano é tarefa árdua e permeada de questionamentos. O presente trabalho buscou enfrentar o tema sob a ótica da metodologia aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, notoriamente conhecido como método bifásico para a concreção do dano moral, à luz do princípio constitucional da equidade.

A intenção, orientada de início pela finalidade de provocar o questionamento acerca do justo equilíbrio das indenizações, no direito pátrio, contra eventos danosos à personalidade e à dignidade humana das pessoas, era investigar se tal princípio atuava como norteador dos critérios já utilizados para quantificação das indenizações pelo sistema forense.

Naturalmente, o escopo voltou-se à ótica do sistema bifásico, uma vez a relevância deste, desde seu estabelecimento orientador, em setembro de 2011, e pela sua utilização pelos demais Tribunais brasileiros.

Analisou-se o sistema em questão, que apresenta duas fases de concreção. A primeira objetiva delimitar o bem jurídico tutelado e, de forma abstrata, verificar o valor médio indenizatório para aquele tipo de dano. A segunda etapa busca tornar o *quantum* indenizatório equitativo, afastando a análise abstrata para adentrar ao caso concreto, verificando suas peculiaridades. São analisados cinco critérios e, cada um desses, por si só, pode ampliar ou reduzir o valor identificado na primeira fase.

Todavia, no último critério utilizado na segunda fase, relativo à condição social política e econômica do ofendido, foi encontrada aparente controvérsia doutrinária para a sua utilização.

Identificaram-se posicionamentos doutrinários que entendem que este critério serve de ferramenta hábil a afastar eventual enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Esse entendimento se adaptou, com perfeição, à nossa tradição jurídica. Entretanto, se identificou não ser razoável sua aplicação na hipótese de dano moral, quando utilizado o método bifásico, uma vez que, em tal hipótese, eventual enriquecimento se dará de forma lícita, independente da capacidade econômica da vítima.

Partindo-se, então, dessa premissa, se passou a verificar a utilização das capacidades econômica, política e social da vítima como elemento capaz de promover o Princípio da Equidade.

Nesse ponto, foi analisada a hipótese de duas vítimas do mesmo fato receberem diferentes indenizações por possuírem – exclusivamente – condições políticas e socioeconômicas distintas.

Na hipótese apresentada, e considerando o critério das capacidades econômica, política e social da vítima, a redução do valor indenizatório apresentar-se-ia, no fim, como um critério até mesmo punitivista ao indivíduo prejudicado.

Certamente, a circunstância à qual tal sujeito está adstrito é absolutamente alheia à sua vontade, visto que é da natureza humana desejar estar em uma condição melhor do que a que se está. Espera-se, por óbvio, esse desejo em qualquer circunstância e a qualquer indivíduo em qualquer tempo.

Todavia, se imagina aqui a situação em que um indivíduo prejudicado tem estabelecida em seu favor uma quantia indenizatória, que poderá vir a ser reformada justamente (e cabe aqui apontar a ironia do advérbio adotado) em razão de sua condição socioeconômica.

Tal possibilidade não aparenta ser apresentada como razoável, e a equidade, nessa hipótese, requereria, certamente, a manutenção do valor admitido previamente.

Por outro lado, se verificou que o objetivo utópico do dano moral seria a promoção do *status quo ante bellum* e, ante a sua impossibilidade, por inexistir bem material a ser reparado, se busca

trazer um valor indenizatório que traga um sentimento de felicidade proporcional à dor enfrentada quando da ocorrência do dano moral.

Apresentou-se estudo de caso, em que se analisou julgamento do Superior Tribunal de Justiça que aplicou a sistemática do método bifásico para a adequação do dano moral. No acórdão analisado, houve a redução do montante fixado à título de danos morais.

O acórdão, de Relatoria da Ministra Nancy Andrichi, aplicou a primeira fase do método bifásico para se chegar à um valor indenizatório médio. Após, analisou-se, na segunda fase, 03 dos 05 critérios contidos nesta fase, quais sejam, i) culpa do ofensor, ii) capacidade econômica do ofensor, e iii) extensão do dano à vítima. O critério relativo à culpa concorrente da vítima, não foi objeto das alegações da defesa durante a marcha processual e, além disso, restou comprovado nos autos, por meio das provas periciais realizadas, se tratar de culpa exclusiva do médico, não tendo a gestante responsabilidade pela técnica utilizada em seu parto.

Notou-se, todavia, que o acórdão optou por não utilizar a capacidade econômica da vítima como critério válido e norteador da segunda fase do método bifásico.

É justamente a não utilização deste critério pelo acórdão utilizado no estudo de caso e, também, nas doutrinas trabalhadas ao longo da presente dissertação, que dão suporte ao entendimento de que este critério não se mostra necessário para a concreção, de forma equitativa, da indenização por dano moral.

Admite-se razoável aceitar que o valor indenizatório identificado na primeira fase do método bifásico possa ser majorado quando a vítima for pessoa pública ou de maior expressão política. Mas eventual majoração se daria apenas se o fato desta condição promovesse uma reverberação do fato danoso, se ampliando, por conseguinte, sua extensão.

A conclusão, portanto, é de que o princípio da equidade vem sendo adotado nas promoções de indenizações em razão de dano moral. Todavia, pende ainda controvérsia em relação ao critério da condição socioeconômica do ofendido.

Em relação a tal controvérsia, o posicionamento do presente trabalho se dá no sentido de que é incabível a redução da indenização estabelecida ante o argumento de se aplicar o critério da condição socioeconômica do ofendido, sob o risco não de incorrer em eventual enriquecimento ilícito, mas sim de promover sua punibilidade por situação que lhe é adversa.

Considera-se, nesta pesquisa, que a redução do valor seria inadequada, uma vez que a vítima seria duplamente “punida”, decorrente do enfrentamento de todo transtorno que resultou no evento danoso e sofrendo, posteriormente, a redução da quantia indenizatória a ser percebida.

Também não seria aplicável para a majoração do dano, uma vez que a condição econômica, política e social, devem ser analisadas apenas para verificar se tal característica da vítima proporcionou uma maior extensão do dano. Ou seja, se adstringe a análise exclusiva da extensão do dano à vítima, ainda que para tal análise se perpassasse pelo reflexo do dano em razão de sua condição econômica, política e social.

Deve-se privilegiar, portanto, a equidade das indenizações, permitindo uma real aproximação com as peculiaridades inerentes ao caso concreto, diante da necessidade de a indenização arbitrada à título de danos morais ser capaz de transmitir uma “sensação” de compensação.

Necessário apontar que para se alcançar a equidade, o método bifásico deve sempre ser utilizado de forma clara e profundamente justificada, conforme o fez o acórdão escolhido para o estudo de caso do presente trabalho. O fundamento da sua utilização se faz necessário, inclusive, para afastar qualquer sensação de injustiça daqueles que enfrentaram dano semelhante e obtiveram uma indenização inferior.

Entendemos que a decisão equitativa do juiz é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo certo que qualquer ferramenta hábil na promoção de equidade deve ter sua utilização sempre incentivada, de forma a assegurar às decisões judiciais o mais alto grau de congruência.

VIII BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**, Forense. v. 2. 1960.

ALVIM, Agostinho. **Da equidade**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 797, 2002.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro, in ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspecto controvertidos no novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, abr./jun. 2004.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; ZERBINI, Maiara Santana. **Do dano moral ao extrapatrimonial: a necessidade de identificação dos direitos e interesses lesados**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Vol. 3. N. 1. Brasília. Jan/Jun 2017.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo. Nova Cultural: 1996.

_____. **Introducción a Retórica**: traduccion y notas de quintín racionero. Madrid: Gredos, 1990.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho: identificação das ofensas morais e critérios objetivos para quantificação**. São Paulo: LTr, 2014.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. STF. **RE 59.940/SP**. Rel. Ministro ALIOMAR BALEEIRO, PLENÁRIO, julgado em 14/06/1966. DJU 17/08/1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257015>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. STJ. **REsp 93.701/MG**. Rel. Ministro OSCAR CORREA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/09/1985, DJe 11/10/1985. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14681383/recurso-extraordinario-re-93701-mg/inteiro-teor-103075859?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. STJ. **REsp 513.057/SP**, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2003, DJ 19/12/2003. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/74617962/salvio-de-figueiredo-teixeira-quarta-turma-julgado-em>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. STJ. **REsp 1.152.541/RS**, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. STJ. **REsp 959.780/ES**. Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 06/05/2011. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp: 415.110/PR**, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24804012/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-415110-pr-2013-0353074-0-stj/certidao-de-julgamento-24804015?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. STJ. **REsp 1.245.550/MG**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 16/04/2015. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181946903/recurso-especial-resp-1245550-mg-2011-0039145-4/relatorio-e-voto-181946927>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. STJ. **REsp. 1.473.393/SP**. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 23/11/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846390/recurso-especial-resp-517973-pe-2015-0040755-0>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BREBBIA, Roberto H. ***El Daño Moral: doctrina, legislación y jurisprudencia***. 2. ed. Córdoba: Obir, 1967.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: RT, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

CUEVA, M. d. I.; GUERRERO, P. M. et al. ***El nuevo derecho mexicano del trabajo***. Cidade do México: Porrúa, 2002.

CUPIS, Adriano de. SARRIÓN, Ángel Martínez. ***El Daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil***. Barcelona. Bosch, 1975.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, J. de A. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense, 1960. v. 2.

DICIONÁRIO Latim-Português Português-Latim. Co-editor A.R. Almeida. 1. ed. Porto: Editora Porto, 2005.

DICIONÁRIO Português-Grego Grego-Português. Co-editor A.R. Almeida. 1. ed. Porto: Editora Porto, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A Constituição Federal e a concepção social do contrato**. In: _____ “Temas atuais de direito civil na Constituição Federal. São Paulo: Valcan, 2000.

DONNINI, R. F. **A constituição federal e a concepção social do contrato**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

ENGISCH, Karl. **La idea de concrecion en el derecho y en la ciência jurídica actuales**. Tradução de Juan José Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1968.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Vol III. Saraiva: São Paulo, 2003.

GIFIS, S. H. **Law dictionary**. New York: Barron's Educational Series, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações: arts. 927 a 965**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, v. 11, 2003.

HEINRICH, A. Rommen, **Le Droit Naturel. Histoire-Doctrine**, Egloff, Paris, 945, p.263-7; Helmut Coing, **Fundamentos de Filosofia dei Derecho**, trad. Juan Manuel Mauri, Ariel, 1976.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto**,

face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa. Coimbra: Almedina, 2005.

LOBATO, M. **Cidades mortas.** Rio de Janeiro: Globo Livros, 2007.

MACHADO FILHO, Sebastião. **O Humanismo do direito ou a Equidade como modo de ser da interpretação jurídica.** Revista de Informação Legislativa, v. 12, n. 46, 1975.

MALLET, Estevão. **Prática de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2012. v. 2.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Tomo 26, 1954.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/ Millenium, 2008.

PEREIRA, C. M. da S.; PEREIRA, T. da S. **Instituições de direito civil.** São Paulo: Forense, 2008.

PIZARRO, Ramón Daniel, ***Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño Moral em las diversas ramas del Derecho.*** 2ª edición. Editorial Hamurabi: Buenos Aires, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça.** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2016.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 04.

ROMMEN, H. A. Le droit naturel; histoire, doctrine: *Traduction et introd. par émile marmy*. [S.l.]: Eglhoff, 1945.

SANCHES, Marcelo Elias. **O princípio da equidade**. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 60/2005, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tomo II, 1951.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

THEODORO Júnior, Humberto. **Dano moral**. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

VECCHIO, G. D. *Los principios generales del derecho*. Bosch, Barcelona, 1933.

ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina**. São Paulo: LTr, 2009.

ZERBINI, M. S. et al. **Do dano moral ao extrapatrimonial: A necessidade de identificação dos direitos e interesses lesados**. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v. 3, n. 1, 2017.