A REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL – RACIONALIDADE, EFETIVIDADE E COERÊNCIA

NON-PECUNIARY REPARATION OF MORAL OR TORT DAMAGES - RATIONALITY, EFFECTIVENESS AND COHERENCE

Fábio Gaspar de Souza

RESUMO: Com o advento da Constituição Federal de 1988, a positivação da possibilidade de reparação do dano de natureza extrapatrimonial trouxe efetividade à dignidade da pessoa humana e seus valores intrínsecos, todos de relevo no aspecto da proteção relativa aos direitos da personalidade, à intimidade, à vida privada, à integridade psicológica, psíquica e física. Na esteira do ideário constitucional e a constitucionalização do Direito Civil com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e seu caráter de legislação funcional, a cláusula assecuratória de reparação moral foi expressamente prevista na legislação que regula as relações privadas. Aliada a tal caráter funcional e a massificação das relações jurídicas, há uma crescente tendência de tornar as diversas e mais variadas situações como sendo infringentes daqueles caracteres integrantes da dignidade da pessoa humana, com abundância de pretensões ancoradas em pedidos indenizatórios, reduzindo quase que sempre a lesão em pecúnia. A proposta é trazer discussão sobre a possibilidade de reparar de forma não pecuniária o dano de natureza extrapatrimonial, como forma de dar efetividade à garantia constitucional e assegurar resposta concreta à vítima do evento danoso.

Palavras-chave: Dano Moral. Dano Extrapatrimonial. Novos Danos. Reparação não pecuniária. Possibilidade.

ABSTRACT: With the advent of the Federal Constitution of 1988, the positivation of the possibility of reparation for the personal tort brought effectiveness to the dignity of the human person and its intrinsic values, all relevant in the aspect of protection relative to the rights of personality, intimacy, private life, to psychological, psychic and physical integrity. In the wake of the constitutional ideology and the constitutionalisation of Civil Law with the entry into force of the

Civil Code of 2002 and its character of functional legislation, the assecuratory clause of moral reparation was expressly provided for in the legislation that regulates private relations at the infraconstitutional level. Allied to such functional character and the massification of legal relations, there is a growing tendency to make the various and most varied situations as being in violation of those characters that are part of the dignity of the human person, with an abundance of pretensions anchored in indemnity claims, reducing almost always the damage in pecunia. The proposal is to bring discussion about the possibility of non-pecuniary reparation of the personal tort, as a way to give effect to the constitutional guarantee and to ensure a concrete response to the victim of the harmful event.

Keywords: Moral damage. Personal tort damages. New Damages. Non-pecuniary repair. Possibility.

INTRODUÇÃO.

A crescente litigiosidade verificada no Brasil atualmente – a par de poder ser analisada sob o enfoque da conscientização e eficácia de políticas públicas tendentes à esclarecer e, de fato, dar efetivo acesso à justiça – traz consigo o aumento de demandas indenizatórias por dano extrapatrimonial. Estas, por sua vez, trazem em seu bojo questões que deságuam em escape à reparação integral preconizada na Constituição Federal, gerando uma patrimonialização daquela categoria.

Nesse sentir, a crescente judicialização de questões de natureza indenizatória traz o surgimento de danos categorizados pelas mais diversas situações, sempre na linha de dano extrapatrimonial, o que acaba por trazer à tona uma dificuldade na aferição da reparabilidade e o limiar com acontecimentos corriqueiros ou cotidianos. Tal circunstância, por vezes, acaba por generalizar a ideia de dano indenizável justamente pela monetização de acontecimentos que não detém feição patrimonial em sua origem.

Daí que o presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, tem como escopo expor a possibilidade de reparação não pecuniária do dano

extrapatrimonial, como forma de prestigiar a cláusula de reparação prevista constitucionalmente e a efetivar, sem se afastar a eficiente tutela jurisdicional e a garantia de acesso à justiça.

1 A REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DO DANO DE NATUREZA EXTRAPATRIMONIAL.

A Constituição Federal de 1988, quebrando paradigmas então vigentes no ordenamento jurídico pátrio, expressamente assegurou a reparação do dano extrapatrimonial, ou moral, em seu artigo 5º, incs. V e X, que, até então, não tinha uma positivação tão abrangente e assecuratória, tendo em vista o caráter patrimonial e individualista do Código Civil de 1916 (Lei Federal nº 3.071/16).

A previsão constitucional de assegurar expressamente a reparação dos danos extrapatrimoniais demonstra o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, atrelando os valores inerentes ao ser humano e sua dignidade, mediante a propagação da máxima efetividade das normas constitucionais às relações privadas, em consonância com os ditames da atividade econômica e atribuição de função social a atributos e direitos de ordem privada.

Sobre isso, Gustavo Tepedino pontua:

> À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informem diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psico-física, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF). Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), moldam a atividade econômica privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil. [1]

[1]Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico. *In:* SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 316.

O advento do Código Civil de 2002 (Lei Federal nº 10.406/02) positivou acolhida expressa da possibilidade de reparação do dano extrapatrimonial, confirmando a previsão constitucional. E o fez mediante a utilização de cláusula geral[2] de reparação (arts. 186 e 927), sendo a aferição da ocorrência ou não de dano extrapatrimonial decorrente da casuística concreta, mediante as regras processuais inerentes ao sistema probatório.

A opção legislativa é adequada, pois um sistema fechado, tipificado ou tarifado de interesses reparáveis não seria adequado à dinâmica realidade social, mormente frente às modificações das relações jurídicas que surgem a cada dia e os interesses delas decorrentes, que as tornam cada vez mais complexas. E tal opção legislativa que prestigia a funcionalidade do sistema mediante a utilização de cláusula geral para o fim de impor o dever de reparar o dano – elemento essencial da responsabilidade civil –, inclusive o extrapatrimonial, trouxe consigo o nascimento de diversas modalidades danosas que acabam por repercutir na esfera extrapatrimonial justamente por conta de sua necessária aferição em concreto.

É o caso, por exemplo, dos assim chamados "novos danos".

2.1 Os assim denominados "novos danos".

[2] Sobre as cláusulas gerais: "O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos10. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais. As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo.*(MARTINS-COSTA, Judith. *O* Direito Privado como um "sistema em construção" As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *In:* **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 139, jul./set. 1998, p. 5 e ss.)

Conforme acima exposto, o Código Civil optou pela previsão de aferição do dano extrapatrimonial se dá mediante o critério funcional, mediante a utilização de cláusula geral. No entanto, com a já abordada evolução das relações sociais, não se descura das mais diversas espécies de danos surgidos ao longo do tempo. Ou, a preferir, de novas formas de se adjetivar os danos, também denominados "novos danos"

Assim, hodiernamente se admite a existência de dano relativo à frustração de viagem[3], dano afetivo[4], dano por defeito em azulejo[5], dano por ruptura de noivado[6], dano pela demora em atendimento bancário[7], entre inúmeros outros.

A questão central aqui não é discutir o acertamento ou não das pretensões como as acima exemplificadas, mas, demonstrar que, conquanto nominados, os danos pretendidos não dependem de adjetivação específica.

Isto porque a nova classificação acima exposta, ainda que por vezes proteja a dignidade da pessoa humana e suas diversas facetas, assim como os direitos inerentes à personalidade, não tem o condão de retirar a natureza extrapatrimonial do dano. E, ainda que haja vários nomes, todos os acima expostos foram tratados nos processos referenciados como danos de natureza não patrimonial.

Pois bem. Ainda que se trate de danos extrapatrimoniais, a nominação ou adjetivação não permite concluir por sua reparação sempre de forma pecuniária direta, na medida em que os valores inerentes aos direitos da personalidade, à intimidade, à vida privada, à integridade psicológica, psíquica e física, todos derivados da dignidade da pessoa humana, são impossíveis de se reduzir a pecúnia

[3] TJ/SP, Apelação nº 0006562-12.2012.8.26.0032, j. 20/05/2013.

[4] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.159.242/SP, j. 24/04/2012.

[5] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.426.710 / RS, j. 25/10/2016

[6] TJ/SP, Apelação nº 9076286-90.2005.8.26.0000, j. 15/09/2011 e TJ/DF, Apelação nº 0011350-93.2012.8.07.0001, 28/08/2013.

[7] TJ/MA, Apelação nº 0011412-95.2013.8.10.0040, j. 15/12/2014, 4º Turma Recursal Cível - RS, Recurso Inominado nº 71005441795, j. 24/04/2015 e TJ/SP, Apelação nº 1002186-58.2015.8.26.0032, j. 10/03/2016.

Muitos desses valores intrínsecos à dignidade da pessoa humana são impossíveis de serem exteriorizados em qualquer valor que atenda à reparação do dano ou compense a perda verificada, sem que isso possa despertar o descrédito do postulante diante de eventual quantia a ser deferida por terceiro (juiz), que necessariamente tem de ser imparcial e razoável na aferição da extensão do dano.

Aí que surge a possibilidade de reparação não pecuniária do dano de natureza extrapatrimonial, seja de forma isolada, seja de forma mista, como forma de realizar a cláusula constitucional de reparação do dano moral e, também, efetivar a dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, conforme se verá a frente.

No entanto, antes de tratar-se dos danos que merecem ser reparados e da forma de reparação destes, é necessário que se aborde a frivolidade ou futilidade das demandas atualmente e de como algumas pretensões sequer merecem reparação.

2.2 Os "novos danos" e a futilidade ou frivolidade das demandas.

A acima destacada adjetivação das mais variadas situações que podem ou não gerar dano de natureza extrapatrimonial, aliada às circunstâncias culturais, sociais e de mercado atualmente em voga trazem – na contramão da realização de uma justiça célere, eficiente e eficaz – a frivolidade de diversas demandas, o que acaba por gerar uma defensividade do Poder Judiciário quando diante de pretensões indenizatórias.

Em decorrência disso e da natureza de cláusula geral e funcional das disposições assecuratórias da reparação extrapatrimonial, gera-se uma discricionariedade na atuação dos julgadores que, ou trazem, conforme explicitado por Anderson Schreiber[8], a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil (culpa, dano e nexo causal), ante a imprevisibilidade quanto

[8]In *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.* São Paulo: Atlas, 2012, p.191.

aos resultados das demandas judiciais, ou o sentimento de injustiça por parte do lesado e a atuação de posições jurisprudenciais que funcionam como barreiras à reparação, negando indenização a quem tem direito e as concedendo quando se está diante de situações de transtornos normais ou corriqueiros da vida moderna cotidiana.

Uma ou outra, trazem insegurança jurídica ao sistema.

Além disso, gera-se também, por parte dos postulantes, a eleição discricionária de eventos ou situações simples ou que não fogem da normalidade da vida moderna, que entendem ou imaginam ser dignos de indenização, gerando, em contraste, aquilo que se denomina de demandas frívolas, abarrotando o Poder Judiciário (e, em especial, os Juizados Especiais Cíveis), de ações indenizatórias que demandam sempre a conversão do interesse imaterial ou intangível do postulante a uma quantia em dinheiro.

E as extremidades acima expostas são equivalentes e se alimentam.

De parte da atuação judicial, a erosão dos filtros verifica-se tanto na previsão de novas situações de responsabilidade objetiva, em que a análise de elemento subjetivo é dispensada, quanto diante de situações criadas pela jurisprudência de dano presumido (ou, *in re ipsa*, decorrente da própria força dos atos)[9], assim como a dispensa de demonstração de nexo causal, com mitigação dos seus contornos, assim como o afastamento seletivo das causas para sua interrupção, mediante a escolha de uma ou de outra teoria relativa a si[10].

Como expõe Anderson Schreiber:

> A criação, ou melhor, o reconhecimento de um espaço de discricionariedade judicial na aferição do dano ressarcível não tem, normalmente, o condão de aplacar as angústias dos intérpretes em matéria de responsabilidade civil. Ao contrário: em vasta medida, é justamente a atuação mais livre do Poder Judiciário que tem estimulado o processo já analisado da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, que traz certa insegurança aos resultados dos processos judiciais. Neste sentido, a atuação das cortes tem tido menos o papel de tranqüilizar inquietações, mais ou menos justificadas, e mais o de

[9] No Superior Tribunal de Justiça, *v.g.*: protesto indevido e inscrição em cadastro de inadimplentes (Recurso Especial nº 1.059.663/MS, j. 02/12/2008); atraso de voo (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.410.645/BA, j. 25/10/2011); uso não autorizado de imagem, para fins comerciais ou econômicos (Súmula nº 403).

[10] Como, *v.g.*:causalidade adequada, causalidade eficiente, causa direta e imediata (e necessária).

> disparsar os alertas acerca da superproliferação das demandas de ressarcimento, especialmente em face dos contornos ainda imprecisos do dano extrapatrimonial. [11]

De parte dos demandantes, o que se verifica é a postulação, geralmente quando se está diante de demandas que envolvem relação jurídica de consumo[12], de pedidos que encerram questões esdrúxulas, comuns e normais da vida moderna, alimentando o já mencionado fenômeno das demandas frívolas, fúteis ou mercenárias, quase sempre com vistas a uma conversão do pretendido dano extrapatrimonial a uma quantia em dinheiro, podendo, inclusive, gerar um efeito econômico reverso aos próprios postulantes.

Os exemplos de ações com tal aspecto são diversos[13] e a amplitude de seu uso acabar por gerar descrédito quanto à efetividade na apreciação das demandas submetidas ao crivo judicial, impactando na racionalidade e eficiência da prestação jurisdicional em geral, em vista da carga de recursos despendidos na manutenção da tramitação de ações tais.

O manejo de tais demandas, ainda, principalmente quando se envolve relação de consumo, gera impactos diretos na atividade econômica, na medida em que, de parte do suposto ofensor, há a mobilização de recursos humanos e financeiros para o custeio das massificadas demandas, afastando uma potencial realocação de tais recursos em outras áreas que poderiam contribuir para a prevenção de eventos de fato danosos, inclusive.

De parte do ofendido, se impõe o ônus de tramitação processual calcada em procedimentos legais e formais, o que implica em morosidade na fluidez

---

[11] **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2012, pp.191-192.

[12] Aqui vale pontuar a crítica de Guilherme Lunelli, quando analisada a questão sob o enfoque da processualística: "As grandes companhias (telefônicas, bancos, etc.), por não conhecerem freios por parte do Poder Público 'correm soltas no mercado', desrespeitando abertamente as amarras jurídico-constitucionais. Apostam, então, em uma lógica de custo e benefício: como são raras as sanções estatais e somente uma mínima parcela dos consumidores lesados efetivamente judicializa suas irresignações, desrespeitar direitos vale a pena." *(*LUNELLI, Guilherme. **Direito Sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33)

[13] Apenas a título de ilustração, pois não é o enfoque do presente trabalho: TJ/SP, Apelação nº 9092135-39.2004.8.26.0000 (caso dos *sachets* de mostarda e catchup); TJ/SP, Processo nº 1022203-37.2016.8.26.0564, 8ª Vara Cível de São Bernardo do Campo (caso da *pizza* com pouco recheio e pouco molho); STJ, Recurso Especial nº 1.444.573/SP (caso do Policial Militar – fardado e armado – barrado em porta giratória de agência bancária); TJ/SC, Processo nº 075.99.009820-0/0000 (caso do baile – onde houve discussão a respeito de jovem barrada na entrada de baile, em que se cingiu a apurar se o vestido era ou não de gala; caso semelhante foi julgado pelo TJ/SP, Apelação nº 0004811-16.2009.8.26.0510, j.10/09/2013).

processual e interrupções no desenvolvimento cotidiano de suas atividades econômicas, o que, ao final, poder vir gerar sensação de injustiça e descrédito das instituições judiciárias pela resposta que venha a ser dada ao final do processo, quando não se “ganha” ou se “ganha pouco”.

A ambos, a inquietude da insegurança jurídica também é fator a ser considerado, justamente fomentado pela monetização dos danos extrapatrimoniais e seu discricionário reconhecimento e fixação do *quantum*, gerando um custo social invisível, mas sensível ao mercado e à efetivação do acesso à justiça e realização prática de direitos.

O que é necessário, antes de desprestigiar direitos consagrados pela evolução legislativa tanto em termos individuais como coletivos, é destacar, mediante atuação prática, eficiente e efetiva, a necessária demonstração da amplitude dos direitos que se entendem como violados, mediante a utilização do critério da ponderação do interesse protegido.

Isto poderia se dar tanto de forma prévia ou preventiva, mediante a adoção de políticas públicas voltadas à conscientização positiva da população, com mecanismos de demonstração da importância e extensão da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos inerentes a todo e qualquer ser humano e o contraste daquele e destes com a possibilidade de reparação não pecuniária de dano – efetivo e comprovado – extrapatrimonial.

Assim, um dos caminhos seria a reparação não pecuniária do dano extrapatrimonial.

2.3. Reparação corriqueira do dano extrapatrimonial – patrimonialização do que não é patrimonial.

Um estudo breve da forma atual de reparação do dano extrapatrimonial se mostra razoável, a fim de demonstrar a viabilidade, possibilidade e necessariedade de, em se buscar caminho à reparação não pecuniária do dano extrapatrimonial, quando este se verificar no caso concreto.

Bem de ver que, tanto a Constituição Federal, quanto o Código Civil, não remetem a reparação, ou indenização, a uma necessária ideia de monetização ou patrimonialização do dano de natureza extrapatrimonial, o que é condizente com sua natureza de bem imaterial e intangível, assim como intrínseco ao ser humano, justamente por estar ligado a um estado psíquico e sentimental, ainda que relativo a algum aspecto material.

E, do mesmo modo, não remetem a um tabelamento ou fixação tipificada de quantias a serem aplicadas quando demonstrados, a contento, os pressupostos para a responsabilização civil do ofensor, mormente diante das regras processuais atinentes à distribuição e exercício do ônus probatório.

Ainda assim, o dano extrapatrimonial acaba, na maior parte das vezes, reduzido a uma quantia em dinheiro, fixada pela técnica de arbitramento, mediante aferição subjetiva do julgador do caso concreto. A referida fixação, contudo, acaba esbarrando, muitas das vezes, em inobservância do critério único previsto em lei para fixação do *quantum* indenizatório, gerando a insatisfação da vítima, descrédito nas instituições e, indiretamente, uma ideia de que desrespeitar direitos vale a pena[14], o que pode fomentar o oportunismo de litigantes, viabilizando aquilo que se convencionou se chamar de "indústria do dano moral"[15].

A situação contrária também se verifica: em algumas das vezes, a reparação frente à lesão sofrida ou dano verificado, é sobremaneira superior à extensão deste, gerando incerteza quanto aos moldes intuitivos levados em

[14] Com já acentuado em doutrina: "Não raro se torna cômodo e interessante para os litigantes habituais do Judiciário (v.g. Poder Público, empresas de seguro-saúde, entidades de crédito ao consumidor, administradoras de cartões de crédito, empresas de telefonia) deixar que as pendências se judicializem e permaneçam *sub judice* o maior tempo possível: isso dispensa tais litigantes de investir em recursos humanos e materiais na organização de serviços de atendimento ao público, que, bem manejados, preveriam pendências e resolveriam aquelas já instaladas. Dado que este vasto segmento trabalha em economia de escala na sua relação em a justiça estatal, o custo do acompanhamento do processo não pesa significativamente, sendo antes um modo inteligente de repassar ao Estado o encargo de gerenciar tais pendências." *(*MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011, *apud* LUNELLI, Guilherme. op. cit, p.34)

[15]É de se mencionar a inovação do Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/15), ao impor ao litigante que quantifique a sua pretensão de dano moral, para fins de atribuição de valor à causa (art. 292, V). A quantificação, a nosso ver, não é incompatível com a reparação não pecuniária, na medida em que a toda causa, ainda que não tenha valor econômico imediato, deve ter um valor (art. 291), que pode ser atribuído simbolicamente à pretensão não pecuniária. O interesse do legislador, nota-se, é evitar aventuras jurídicas, a despeito de ainda, em tese, se adotar a técnica do pedido genérico quando não se puder, desde logo, aferir as consequências do ato ilícito (art. 324, II).

consideração na fixação do montante, ora dificultando a verificação concreta de eventual fundamentação judicial que se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados ou abertos para fixação, ora atribuindo quantias diversas a situações quase que idênticas, prejudicando a própria segurança jurídica que se espera do atuar das instituições judiciárias.

E aqui surge a questão da fixação da indenização: o critério fixado no Código Civil é, em regra, aquele atinente à extensão do dano, excluindo-se, assim, a condição pessoa e/ou social da vítima e/ou do ofensor e o grau de culpa aferido na análise dos pressupostos da responsabilidade civil para fins de fixação da indenização. Tal é a expressa dicção do artigo 944 do Código Civil.

Contudo, o próprio Código Civil prevê duas situações em que a indenização poderá ser reduzida, por equidade: a excessiva desproporção entre o grau de culpa do ofensor (art. 944, parágrafo único) e análise de eventual conduta culposa da vítima, em concorrência com a conduta do ofensor (art. 945). Apenas tais são os critérios legais para fixação da indenização, não remetendo o Código Civil – assim como não o faz a Constituição Federal – a uma ideia de necessária indenização pecuniária.[16]

Daí, não haveria espaço para se falar em danos punitivos ou de caráter pedagógico (ou *punitive damages*), ou indenização baseada na capacidade econômica do ofensor ou da vítima ou suas capacidades sociais e/ou políticas na fixação da indenização[17]. Isso se liga também à ideia de indenização ou

[16] Os danos materiais, por necessariamente decorrerem de aspectos relativos á ideia de patrimônio, são aqueles previstos nos artigos 389 e 402 do Código Civil, além de outras disposições esparsas relativas às obrigações, excluídas, por óbvio, os critérios previstos no capítulo reservado à responsabilidade civil.

[17] Como apontado por Gisela Sampaio da Cruz Guedes: "O caráter punitivo não se coaduna com o sistema brasileiro de responsabilidade civil por diversas razões. Em primeiro lugar, porque, do ponto de vista legislativo, não há dispositivos no Código Civil de 2002, tampouco no Código Civil de 1916, que prevejam a punição por um dano cometido. Ao contrário, no Código Civil de 2002, o parágrafo único do art. 944 possibilita que o juiz *reduza* (e não que o juiz *aumente*) a indenização, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, assim como o art. 403 estabelece que 'ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato'. (...) Assim, a adoção da função punitiva representaria, de certa forma, violação ao princípio da *nulla poena sine praevia lege*. Em segundo lugar, porque, como a responsabilidade civil pode ser cumulada com a penal, a aplicação do caráter punitivo traz o risco de ocorrer *bis in idem*. Em terceiro, porque dentro do sistema brasileiro de responsabilidade civil, a majoração da indenização, a título de pena, pode recair sobre outra pessoa que não o ofensor, frustrando qualquer intenção punitiva. Basta pensar nas hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro. Em quarto, porque há casos em que não se conseguiria aplicar a punição. Suponha-se, por exemplo, que o ofensor tenha afastado contratualmente o risco da pena por meio de um seguro. Por fim, em quinto lugar, porque toda a sociedade pode vir a arcar com o custo do caráter punitivo. Imagine-se a hipótese da vítima que se pretende indenizar

reparação não pecuniária dos danos de natureza extrapatrimonial, o que é objeto do presente trabalho.

E justamente nesse aspecto de intangibilidade que cuida de se suscitar a possibilidade de reparação não pecuniária do dano moral, tanto para fortalecer a figura ressarcível, assim como prestigiar a reparação, dar credibilidade às instituições judiciárias e, como principal fator, dar resposta efetiva à vítima, dando coerência ao sistema jurídico pátrio.

2.4. A reparação não pecuniária do dano extrapatrimonial.

2.4.1. Aspectos Iniciais.

A possibilidade de reparação não pecuniária dos danos de natureza extrapatrimonial surge como forma de realizar as funções acima destacadas, quais sejam, fortalecimento da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos, maior prestígio das formas de reparação, dar credibilidade às instituições judiciárias e, como intenção primordial, dar resposta efetiva à vítima, evitando-se assim a banalização do instituto apenas mediante indenização em dinheiro[18].

Viu-se que tanto a Constituição Federal, quanto o Código Civil, ao assegurarem a reparação do dano extrapatrimonial, não a relegam a uma necessária ideia de monetização ou patrimonialização, mediante a conversão dos interesses protegidos em pecúnia, em decorrência de sua natural feição imaterial, intangível, íntima, psíquica, psicológica e privada.

O que ocorre, entretanto, é que a dinâmica vida social moderna, mesmo diante da adoção da técnica de funcionalidade das cláusulas gerais, o que

---

de prejuízo causado culposamente por agente público no exercício de suas funções." (In *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p.216).

[18] Como anota Mirna Cianci: "a se admitir sempre e em qualquer caso a indenização em dinheiro, se estará criando a temida e até já constatada indústria da indenização por dano moral, que terá como consequência a completa banalização do instituto." (In *O valor da reparação moral*, 2ª Ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81).

impacta de forma negativa nas relações jurídicas, ao se manter a ideia fixa e tradicional de que, necessariamente, a reparação de interesses não patrimoniais acabe sempre por ter um preço.

Em crítica ao que denominou inércia da comunidade jurídica acerca do tema, pondera Anderson Schreiber:

> O temor de que o imenso oceano de novos interesses extrapatrimoniais deságue em ações frívolas voltadas à obtenção de indenização pelos acontecimentos mais banais da vida social deriva, em grande parte, do fato de que a abertura ao ressarcimento do dano moral deu-se por meio de uma extensão da função historicamente patrimonialista da responsabilidade civil, sem que se procedesse, ao mesmo tempo, a qualquer modificação substancial na estrutura do instituto. Assim, mesmo às lesões a interesses não patrimoniais o ordenamento jurídico continua oferecendo, como única resposta, o seu remédio tradicional, de conteúdo estritamente patrimonial, qual seja, a deflagração do dever de indenizar. Bem vistas as coisas, a tão combatida inversão axiológica – por meio da qual a dignidade humana e os interesses existenciais passam a ser invocados visando à obtenção de ganhos pecuniários –, tem como causa imediata não o desenvolvimento social de ideologias reparatórias ou um processo coletivo de vitimização, mas a inércia da própria comunidade jurídica, que insiste em oferecer às vítimas desses danos, como só solução, o pagamento de uma soma em dinheiro, estimulando necessariamente sentimentos mercenários.[19]

A par da crítica acima lançada, cumpre delimitar, desde logo, que admitida, em abstrato, a reparação não pecuniária do dano extrapatrimonial[20], que tal possibilidade, a nosso ver, seria viável mediante a reparação *natural* e a reparação mediante a utilização de meios *alternativos* à direta entrega de dinheiro.

Tais decorreriam da necessária imposição de sujeição *pessoal* e/ou *patrimonial* do ofensor, mas não na entrega pura e simples de quantia em dinheiro. A questão patrimonial refletiria sempre patrimonialmente face ao ofensor, de forma indireta (sujeição pessoal) ou de forma direta, quando a sujeição for patrimonial, mas não mediante aquela entrega de dinheiro do ofensor à vítima.

---

[19] Op. cit, p. 193.

[20] Que é tema do Enunciado nº 589 do CJF, aprovado na VII Jornada de Direito Civil, com o seguinte texto: *"A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio."*. Disponível em http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834, acessado em 12/05/2017.

A reparação *natural*, com se infere da própria definição, seria aquela em que o ofensor restituiria a vítima no estado anterior mediante o desfazimento do dano infligido.

Aí surge um problema: como os danos extrapatrimoniais são aqueles que afligem a vítima em aspectos de sua dignidade, intimidade, privacidade, integridade psíquica e/ou psicológica e até mesmo física – e que tem reflexos no aspecto íntimo, e sua mensuração não seria aferível por terceiro estranho à própria psique do ofendido, a reparação *in natura*, na maior parte das vezes se mostra impossível ou impraticável.

Sobre isso, já ponderava Orlando Gomes:

> Sempre que a situação possa ser recomposta, restituindo-se ao lesado o que perdeu, atende-se, com maior exatidão, ao fim da lei que regula as obrigações por atos ilícitos. Se a coisa usurpada é devolvida ao seu dono, tal como se encontrava antes da usurpação, terá sido satisfeito por forma de maior conveniência do que o pagamento do que vale em dinheiro. Se o objeto é danificado em conseqüência do ato ilícito, a sua substituição por outro constitui modo de reparação mais interessante e, por assim dizer, mais autêntico do que o embolso do equivalente. [21]

Já os meios *alternativos*, seriam os modos em que o ofensor poderia realizar determinado comportamento, prestações que se constituam em obrigações de fazer ou não fazer, assim como a sujeição patrimonial daquele não de forma direta e transferida ao patrimônio do ofendido, mas sim mediante a realização de atos que importem sua redução patrimonial com atos em favor do ofendido. A cumulação também seria possível[22].

A respeito, já se destacou em doutrina:

> Tem-se, assim, que, em razão dos objetivos [compensar o lesado e sancionar o lesante], pode diferir o sancionamento cabível, vindo a alcançar também a pessoa do lesante, a quem se impõe a realização de determinado comportamento, ou a prática de certa ação, como modo de reparação dos danos causados a outrem.(...) Dessa maneira, em razão dos objetivos visados pelo autor e à luz da análise das circunstâncias, pode o juiz fazer incidir os ônus da

[21] **Obrigações**, 14ª Ed., rev. e atual. Por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 317.

[22] Contrariamente, entendendo que em tais situações ocorreria *bis in idem*: "restaurado o *statu quo ante* da vítima, às custas do devedor, porque possível a reparação natural, nada mais pode ser reclamado, integralmente atendido o princípio do *restitutio in integrum*, já que, sendo sincero o pleito, a satisfação da reparação natural representa a verdadeira justiça. (CIANCI, Mirna. op. cit., p. 79.)

> condenação sobre patrimônio do lesante, sua pessoa, ou ambos, em consonância com os poderes de que se investe no processo civil, como ora se entende. A formulação de pedido genérico, possível em ações de reparação de danos (CPC, art. 286, II), permite a adoção desses sancionamentos.[23]

Com amparo em tais posições e fracionamento da reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais mediante a reparação *in natura* – quando possível – ou mediante a utilização de meios *alternativos* à entrega direta de dinheiro do ofensor à vítima (reparação pecuniária), seja com sua sujeição pessoal, seja com sujeição patrimonial indireta, em benefício da vítima, ou de forma mista, tem-se que a satisfação do dano atenderia à função da cláusula assecuratória de reparação e realizaria a dignidade da vítima de forma efetiva, trazendo benefícios aos mais diversos prismas da responsabilidade civil.

Isso porque, não se deixaria o arbítrio da fixação pecuniária de danos que não detém expressão monetária direta – como já exposto acima – à discricionariedade do julgador, o que poderia gerar o descontentamento da vítima ou o demasiado empobrecimento do ofensor, não se criaria insegurança jurídica quanto à estabilidade dos critérios judiciais de fixação do *quantum* pecuniário ou, até mesmo, não inculcaria a ideia de mercantilização ou capitalização de atributos inerentes à dignidade da pessoa humana, desprestigiando o lesado e fomentando tanto a temeridade de demandas, quanto o incentivo de lesão.[24]

E, ainda, uma atuação judicial positiva e efetiva quanto à reparação não pecuniária do dano extrapatrimonial seria benéfica do ponto de vista da maximização da dignidade da pessoa humana e a equalização entre os objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal e a própria atividade econômica, na medida em que sopesados fatores externos que podem ser – e são –

---

[23] BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**, 3ª Ed. rev., atual. eamp. por Eduardo Carlos Bianca Bittar, São Paulo: RT, 1999, pp. 229-231. *A referência ao art. 286, II, do CPC refere-se ao Código de Processo Civil de 1973 (Lei Federal nº 5.869/73), hoje revogado, encontrando-se equivalente no art. 324, II, do Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/15).

[24] Como já acentuado por Anderson Schreiber: "As formas não patrimoniais de compensação, longe de atenderem a uma preocupação exclusivamente econômica vinculada ao custo das reparações, satisfazem, na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima. Uma análise isenta da jurisprudência revela que, nos ordenamentos de *civil law*, o valor das indenizações monetárias por dano moral tem se mantido, em geral, baixo. E a insuficiência da quantia, não raro, é sentida pela vítima como nova afronta à sua dignidade, corroborada pela postura mercantilista muitas vezes adotada por ofensores habituais e seus representantes." (Op. cit., p. 195-196)

impactados pelas decisões judiciais, mediante a imposição não de uma indenização em dinheiro para um valor intangível da vítima, mas sim, mediante a adoção de uma das formas acima delimitadas ou, até mesmo,a sua cumulação, caso assim seja interessante à solução da querela.

Observadas as premissas acima destacadas, convém expor meios não pecuniários de reparação que serviriam de parâmetro a um meio a ser considerado diante de um caso concreto pelos postulantes.

2.4.2. Formas de reparação não pecuniária.

Desde logo, convém destacar que não se pretende esgotar as formas não pecuniárias de reparação do dano extrapatrimonial, na medida em que, se este deve ser constatado caso a caso, a solução para a fixação da reparação também deve se dar de tal maneira, sob pena de se tipificar meios, engessando o sistema jurídico hoje marcado pela funcionalidade.

É de se ter em mente, também, quando da utilização de meios não pecuniários de reparação, de qual aspecto extrapatrimonial do indivíduo foi afligido por ato do ofensor, na medida que a eleição de um ou outro meio pode ou não trazer mais prejuízo do que benefício, gerando efeito reverso à ideia de reparação.

Nessa toada, é de se verificar, como formas não pecuniárias de reparação: a retratação pública, a retratação privada, a prática de determinado ato ou abstenção de sua prática, a emissão de declaração, também pública ou privada, a depender do caso, assim como o desfazimento do evento tido como danoso mediante a realização de ato equivalente àquele suprimido e a busca de meios que reflitam indiretamente no patrimônio do ofensor com o fim de se reparar o dano na vítima.

A retratação pública seria meio eficaz quando se está diante de ofensas à honra e à imagem do ofendido, valendo-se como meio de realização da recomposição do ofendido perante o meio social em que realizada a ofensa.

Suas formas poderiam ser mediante a emissão de nota reconhecendo o dano e a ilicitude da conduta por parte do ofensor, a ser publicada em meio de comunicação com alcance naquele meio em que inserido, assim como a publicação da decisão judicial, sendo meio idôneo na medida em que a recomposição da vítima mediante tal atitude do ofensor realizaria satisfatoriamente a garantia de reparação extrapatrimonial qualificada constitucionalmente e efetivaria a dignidade da pessoa humana, mediante a reabilitação do ofendido no meio em que inserido.

A respeito de tal forma de reparação não pecuniária, pondera Anderson Schreiber:

> A retratação perante a sociedade tem especial relevância na reparação do dano à honra, configurando instrumento eficaz para a reconstrução da reputação do indivíduo no meio social em que se insere. O mecanismo tem sido empregado também, com sucesso, na reparação do dano decorrente de assédio moral no ambiente de trabalho (o chamado *mobbing*). Em tais casos, a condenação do empregador a afixar um pedido de desculpas ao empregado no próprio ambiente de trabalho pode reparar o dano moral sofrido pela vítima de modo mais eficiente do que uma quantia de dinheiro entregue friamente por um preposto do réu no ambiente quase secreto de uma sala de audiências. Em outros casos, como nas relações de consumo de caráter continuado (prestação de serviços essenciais, por exemplo), o ofensor poder ser condenado a formular pedido de desculpas na própria fatura enviada ao consumidor, quiçá por repetidos meses, em duração compatível com a gravidade da lesão. [25]

Ainda, a lavratura de escritura pública, às expensas do ofensor, contendo declaração de erro em sua conduta, com expresso pedido de desculpas e oferecimento de compensação indireta que detenha reflexo pecuniário em favor do ofendido mas que não seja a mera entrega direta de dinheiro do ofensor à vítima.

A retratação privada, a seu turno, para os mesmos efeitos, não seria meio viável de se realizar quando se está diante de ofensa à caracteres ligados à intimidade e à vida privada, assim como quando se verificam sequelas de natureza psíquica ou psicológica na vítima em decorrência do ato do faltoso, na

[25] Reparação Não-Pecuniária dos Danos Morais. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). *In:* **Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 337.

medida em que preferível o sigilo quando se está diante de tais aspectos da dignidade da pessoa humana.

Assim, uma retratação privada, a ser realizada mediante a lavratura de correspondência dirigida reservadamente à vítima ou, se instaurado processo judicial, mediante termo nos autos, devidamente homologado com eficácia de título executivo – onde poderia se prever, inclusive, a forma de retratação e pena para seu descumprimento –, com minúcias devidamente verificadas caso a caso pelo Poder Judiciário, de modo a assegurar uma resposta efetiva sem trazer a sensação de impunidade.

A reparação privada, ainda, se verificadas sequelas psíquicas ou psicológicas, poderia ser combinada com o custeio, pelo ofensor, de tratamento médico especializado como forma de se buscar apagar ou amenizar as consequências do ato faltoso, enquanto seus efeitos perdurarem, em que o custeio serviria não como reparação, mas aspecto indireto desta, como exposto acima.

A eficácia de tal meio, certamente, é muito mais benéfica do que a verificação de quanto valeria a integridade emocional do ofendido e a sua conversão em dinheiro, gerando uma solução de problema pelo ofensor, mas não reparando a vítima integralmente.

A realização de ato equivalente para fins de desfazimento do dano, a seu turno, seria realizável como reparação não pecuniária direta, mediante a imposição, ao ofensor, de dar à vítima, em substituição àquilo que lhe foi suprimido, o equivalente sem lhe gerar custo algum e sem prejuízo do dano material porventura verificado, privilegiando a tutela específica das obrigações, já consagrada no direito processual pátrio.

A título de exemplo:

> Se, por exemplo, alguém sofre dano moral decorrente de férias frustradas (*vacanze rovinate*), por falha no serviço da agência de turismo ou da companhia aérea, pode o juiz impor à sociedade ré, além do dever de indenizar, o dever de organizar nova viagem para o autor da demanda, a título de reparação não pecuniária do dano sofrido. Se, por outro lado, o autor da demanda sofreu dano moral pela interrupção do serviço de transmissão por TV a cabo no exato momento em que seu time de futebol disputava importante partida, a sociedade ré pode ser condenada a

> entregar, além da eventual indenização em dinheiro, um ingresso para que a vítima assista, no melhor lugar do estádio, à próxima partida da equipe. [26]

Enfim, as possibilidades acima expostas apontam para a viabilidade de se reparar de forma não pecuniária os danos extrapatrimoniais, sendo certo que a eleição de um ou outro meio, assim como a sua combinação ou, até mesmo, diante das peculiaridades concretas, que outras formas possam ser postuladas, a fim de atender às aspirações da vítima e dar-lhe uma resposta satisfatória, atenderia satisfatoriamente à garantia constitucional de reparação, não contrariaria a legislação, de modo que plenamente aceitável a adoção, quando de interesse e possível, da reparação não pecuniária.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, após a promulgação da Constituição Federal em 1988, foi assegurada expressamente a possibilidade de reparação dos danos de natureza extrapatrimonial, que detém em sua síntese a necessidade de equilibrar as relações sociais e realizar a dignidade da pessoa humana, considerando que à proteção constitucional se volta a direitos de natureza não patrimonial, inerentes à pessoa enquanto ser inserido na sociedade.

O advento do Código Civil em 2002 trouxe ao plano infraconstitucional, mediante uma feição funcional, abandonando a estruturalidade, patrimonialidade e individualismo que marcavam o Código Civil de 1916, adotando-se, como critério para fixação do dever e indenizar, a técnica das cláusulas gerais, em que a casuística é que demonstra a existência ou não de lesão e o preenchimento do dever de indenizar.

Não raro, contudo, se mostra que, a par de uma evolução legislativa de maximização dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente, uma miríade de interesses que passaram a ser objeto de procura de tutela, o que acabou por gerar uma defensividade jurisprudencial quanto ao merecimento ou não de reparação, assim como a impassível e corriqueira patrimonialização da

[26] SCHREIBER, Anderson. *Reparação Não-Pecuniária dos Danos Morais*., op. cit., p. 338-339.

reparação de eventos danosos que não detém feição patrimonial em sua origem, principalmente quando se está diante de demandas de caráter massificado.

O efeito é o descrédito das instituições, seja pela não reparação, seja pela reparação ínfima quando não deveria ser, seja pela insegurança jurídica decorrente da discricionariedade atribuída à aferição da ocorrência ou não de dano – ou, até mesmo, a dispensa de sua demonstração – o que torna desequilibrada a efetivação dos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da atividade econômica, que necessariamente são complementares e merecem convivência harmônica.

Assim, a utilização de formas não pecuniárias de reparação do dano extrapatrimonial seria algo de valia justamente por proporcionar o equilíbrio entre os valores constitucionalmente qualificados, na medida da sua viabilidade em concreto, dando resposta efetiva e eficaz à vítima que mereça tutela em vista do interesse lesado, impondo ao ofensor nada mais do que a reparação na medida do dano verificado.

A utilização de formas não pecuniárias, sob um outro enfoque, teria impactos na maximização da atividade econômica sem que esta se desprenda de sua função social, fortificando a efetividade da livre iniciativa mediante a racionalização de recursos para uma melhor alocação na sociedade, com vistas à consecução dos objetivos constitucionais, tanto para o indivíduo, quanto para a coletividade em que inserido, assim como a sociedade em geral.

Assim, é de se admitir e fomentar, a depender do caso concreto em que se verifique a infringência à valores extrapatrimoniais, que sua reparação se dê, preferivelmente, de forma não pecuniária, de modo a efetivar a garantia de reparação prevista constitucionalmente, dando eficiente solução e reparação à vítima assim como coerência e racionalidade à tutela dos interesses protegidos, harmonizando-a com todos os postulados constitucionais que informam o sistema jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**, 3ª Ed. rev., atual. eamp. por Eduardo Carlos Bianca Bittar, São Paulo: RT, 1999.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**, 2ª Ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, 14ª Ed., rev. e atual. Por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Responsabilidade Civil**, texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade.** São Paulo: RT, 2011

LUNELLI, Guilherme. **Direito Sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção" As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 139, jul./set. 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Reparação Não-Pecuniária dos Danos Morais. *In*: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). **Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.