

ORIGEM DO DANO EXISTENCIAL E SUA APLICABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO

André Alia BORELLI¹

Wellington Boigues Corbalan TEBAR²

RESUMO: Busca-se com este trabalho entender a ideologia por trás do dano existencial, analisando o cenário social e jurídico de sua origem no direito italiano, bem como a possibilidade de sua aplicação no cenário jurídico brasileiro. Por fim, será feita uma breve reflexão sobre as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015 que modificou o sistema indenizatório extrapatrimonial, o que pode dificultar a admissibilidade do instituto alienígena ao ordenamento local.

Palavras-chave: Dano Existencial. Origem Histórica. Direito Italiano. Admissibilidade. Novo Código de Processo Civil de 2015. Indústria do Dano Moral.

1 INTRODUÇÃO

O cenário jurídico brasileiro tende a proteger a pessoa humana, estabelecendo diversos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais. Uma das formas de proteção dos direitos da personalidade se manifesta pelo sistema indenizatório da responsabilidade civil, pelo qual os danos materiais causados a terceiros são reparados, bem como os imateriais.

Mas, em princípio, apenas se reparava o dano material, ficando os danos provenientes de ataques aos direitos não patrimoniais sem respaldo legal para indenização.

Com a possibilidade de reparação por dano moral, foram aparecendo diversas novas modalidades indenizatórias ao ordenamento jurídico que causaram alvoroço na doutrina, como, por exemplo: dano a imagem, dano estético e perda de uma chance.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente; e-mail: andre_borelli_@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito do Toledo Prudente Centro Universitário. Mestrando em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Toledo Prudente Centro Universitário. Orientador do trabalho.

O dano existencial é uma destas modalidades de dano, que, possuindo origem italiana, não é comumente invocado no cenário brasileiro, sendo inclusive desconhecido por grande parte dos juristas nacionais.

Esta modalidade de dano possui por objetivo o ressarcimento ao indivíduo pela frustração ao seu plano de vida, que o impossibilitou de realizar as atividades do dia a dia, causando um lapso existencial em sua ideologia e sonhos a serem seguidos no decorrer de sua passagem enquanto ser humano inteligente e sociável.

Timidamente, o dano existencial vem se manifestando no ordenamento brasileiro, principalmente na seara trabalhista, fundamentado na obrigatoriedade sofrida pelo empregado de exercer jornadas de trabalho desumanas, atingindo carga horária inclusive de até 15 horas diárias, fator que frustra seus planos de atividades familiares, religiosas, desportivas, sociais, artísticas.

Para entender melhor esta modalidade indenizatória, necessária se fez a análise de sua origem no ordenamento alienígena para assim determinarmos sua admissibilidade ou não no ordenamento nacional.

Além disso, foram analisados os sistemas aberto e fechado de reparação de danos para entender o cenário do ordenamento jurídico italiano e brasileiro, para, assim, ponderar sobre sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo referência ao novo Código de Processo Civil de 2015 que influencia diretamente o cenário indenizatório do ordenamento brasileiro.

2 ORIGEM DO DANO EXISTENCIAL

Podemos mencionar o ordenamento jurídico italiano como o sistema jurídico que deu origem ao conceito de dano existencial.

Mas antes de iniciar a exposição dos fatos históricos, faz-se necessário estabelecer algumas distinções entre os sistemas indenizatórios existentes e qual o adotado por este ordenamento.

2.1 Sistema Fechado

O sistema indenizatório fechado, também conhecido como sistema típico, ou também, limitado, consiste na positivação taxativa de situações específicas

que possuam aptidão para gerar dano ao indivíduo, e, por consequência disso, a possibilidade indenizatória.

Não limitado a prever apenas condutas, possível também se faz estabelecer prévia quantia determinada a ser indenizada, tarifando legalmente a reparação do dano.

O Código de Hamurábi, escrito pelo Rei Hamurábi, aproximadamente em 1772 a.C, uma das primeiras legislações escritas da história que sem tem notícia, utilizou do sistema fechado para prever uma conduta e sua respectiva consequência, sendo traduzida no contexto atual como “Ato Ilícito” e “*Quantum Indenizatório*” (SANTIAGO, 2010, s.p.).

O foco das críticas feitas a este sistema refere-se à mecanicidade atribuída ao sistema indenizatório, dada a impossibilidade de prever no texto da lei todas as circunstâncias casuísticas aptas a gerar dano a outrem, fato este de conhecimento notório, que se faz verídico pela infinidade de possibilidades à que estão sujeitas as condutas humanas, onde cada caso possui suas particularidades, que não podem ser excluídas da análise, deixando grande parte dos danos sofridos pelos indivíduos a margem da jurisdição.

Outra crítica bastante relevante consiste na possibilidade de previamente à conduta calcular o *quantum indenizatório* de eventual ação judicial. O que acarreta diretamente em violação generalizada dos direitos fundamentais, visto que grandes empresas passam a realizar cálculos concluindo que por vezes violar a dignidade de seus empregados, ainda que estes ingressem com ações judiciais visando reparação de eventuais danos, acaba por ser mais lucrativo do que proporcionar boas condições de trabalho.

Apenas como fato curioso, menciona-se o fato de que o Brasil ao publicar a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) revogou parcialmente o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4117/62) que havia adotado o sistema indenizatório fechado.

Apenas a título de curiosidade, no ano de 2009 foi julgada no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 que declarou por maioria a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição Federal de 1988. Dentre os que votaram a favor estão os ministros: Celso Melo, Eros Grau, Meneses Direito e Ricardo Lewandowski.

2.2 Sistema Aberto

Contrário ao supracitado sistema, existe o sistema aberto, ou também denominado de sistema atípico, de sistema ilimitado ou também arbitramento judicial.

Neste critério, a previsão legal do instituto da reparação dos danos causados é feita por meio de cláusulas gerais e abrangentes, sem predefinição de condutas específicas e respectivos valores indexados à sua reparação.

Neste ordenamento, o Juiz, ao se deparar com o caso concreto e instrução realizada nos autos, utiliza de seu livre convencimento, seguindo as cláusulas gerais, para determinar se a conduta objeto da ação é passível ou não de reparação e, em caso afirmativo, seu respectivo valor monetário.

Por óbvio que o exercício do livre convencimento pressupõe motivação, onde o detentor do poder jurisdicional fundamentará todas as suas decisões, possibilitando assim o contraditório para a parte prejudicada.

O sistema jurídico brasileiro atual adota este sistema aberto para responsabilização civil. Esta previsão está contida no Código Civil, no Título IX, “Da responsabilidade civil”, nos Capítulos I e II, denominados “Da obrigação de indenizar” e “Da indenização”, respectivamente.

Neste sistema, o foco das críticas tem como alvo a denominada “banalização dos danos morais” onde indivíduos invocavam de maneira desregrada qualquer dissabor do dia a dia, perante o judiciário, a fim de adquirir certo capital com facilidade.

2.3 O Direito Italiano

Primeiramente, necessários se fazem esclarecimentos sobre os termos utilizados pelo ordenamento alienígena. Deste modo, tribunal se refere à jurisdição cível ou penal de primeiro grau (equivalente às varas brasileiras); corte de apelação consiste no órgão colegiado que julga os recursos das sentenças que o tribunal profere (equivalente aos tribunais brasileiros); enquanto Corte de Cassação é a instância superior do ordenamento jurídico italiano, tendo como objetivo a unidade e interpretação uniforme do direito (equivalentes aos tribunais superiores brasileiros).

Tendo estes termos em mente fica possibilitado o prosseguimento na argumentação que passará a demonstrar o contexto jurídico onde surgiu o dano existencial.

2.3.1 Cenário italiano na década de 60

O instituto indenizatório no ordenamento jurídico italiano é principalmente fundamentado em dois dispositivos de seu Código Civil. O art. 2.043³ fundamenta a reparação de danos patrimoniais, enquanto o art. 2.059⁴ serve de fundamento para a reparação de danos extrapatrimoniais.

Visto que as situações que ensejam danos patrimoniais, bem como a quantia a ser ressarcida, são de fácil constatação por afetarem valores concretos no plano fático, a opção legislativa foi de prever a respectiva reparação por meio de uma cláusula geral, que se mostra suficiente para abranger as situações do dia a dia, bastando demonstrar provas da conduta bem como provas do dano *in pecúnia*, observados demais requisitos.

O art. 2.043 do Código Civil Italiano basicamente diz que toda conduta culposa lesiva obriga a reparação, in verbis: “Art. 2.043: Qualquer conduta dolosa ou culposa que cause dano injusto a alguém obriga quem a tenha praticado a ressarcir o dano. (Tradução Livre)”.

Todavia, quanto ao regulamento dos danos imateriais, o ordenamento jurídico italiano optou por adotar o sistema típico, ou fechado, prevendo legalmente que o dano extrapatrimonial será indenizado apenas nos casos em que a lei determinar, conforme art. 2.059 do Código Civil Italiano, in verbis: “(Dano não patrimonial) O dano não patrimonial deve ser indenizado apenas nos casos determinados pela lei. (Tradução Livre)”.

Portanto, para se falar em indenização, necessariamente se faz necessária previsão legal para que a situação fática seja apta a gerar o direito do ofendido de buscar, nas vias judiciais, a reparação do dano causado.

³Codice Civile, Art. 2.043: (Risarcimento per fatto illecito) Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

⁴Codice Civile, Art. 2.059: (Danni non patrimoniali) Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

Esta previsão encontra-se espalhada pelo ordenamento jurídico italiano, podendo ser citado como exemplo o art. 89⁵ do código de processo civil italiano que além de proibir a utilização de palavras ofensivas ou indecorosas nos autos do processo, prevê também que se estas forem empregadas poderão ser apagadas dos autos, bem como acarretarão em indenização extrapatrimonial para a parte ofendida.

Código Processual Civil: Art. 89: (Espressões inconvenientes ou ofensivas) Nos escritos apresentados e nos discursos perante o juiz, as partes e seus advogados não poderão usar expressões inconvenientes ou ofensivas. O juiz, em cada fase, poderá ordenar que a expressão inconveniente ou ofensiva seja apagada, e, na sentença que julgar a causa, pode também, assegurar à pessoa ofendida uma quantia a título de ressarcimento do dano imaterial sofrido, quando estas expressões ofensivas não digam respeito ao objeto da causa. (Tradução Livre).

Também pode ser citado como exemplo o art. 314⁶ do Código de Processo Penal Italiano, que prevê indenização extrapatrimonial em caso de detenção injusta.

Código Processual Penal, Art. 314: (Pressupostos e modalidades da decisão) – 1. Quem foi absolvido pelo tribunal por uma sentença transitada em julgado porque o fato não ocorreu, por não ser o autor do fato, porque o fato não constitui crime ou não é previsto na lei como crime, tem direito de uma proporcional indenização pela custódia cautelar sofrida, se não houver revogação, ou tiver se dado por dolo ou culpa grave. (Tradução Livre).

Além destas hipóteses, também devem ser alcançados os casos de responsabilidade dos membros do Ministério Público e dos Juízes em casos de dolo ou culpa grave no exercício da função⁷ e violação das leis referentes aos dados pessoais dos indivíduos⁸.

⁵Codice di Procedura Civile, Art. 89. (Espressioni sconvenienti od offensive) Negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti al giudice, le parti e i loro difensori non debbono usare espressioni sconvenienti od offensive. Il giudice, in ogni stato dell'istruzione, può disporre con ordinanza che si cancellino le espressioni sconvenienti od offensive, e, con la sentenza che decide la causa, può inoltre assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l'oggetto della causa.

⁶Codice di Procedura Penale, Art. 314: (Presupposti e modalità della decisione) - 1. Chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ha diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave.

⁷ Lei nº 117 de 1998.

⁸ Lei nº 675 de 1996.

Mas a principal previsão legal de reparação por danos imateriais se encontra no Código Penal Italiano, em seu art. 185⁹ que disciplina que todo crime obriga a reparação dos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Código Penal Italiano Art. 185: Todo crime obriga a restituição de acordo com a lei civil (2.042 c.c). Todo crime que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial obriga o culpado ao ressarcimento e as pessoas, previstas na lei civil, deverão responder por sua conduta. (Tradução Livre).

Portanto, na maioria das vezes, para se falar em reparação de danos imateriais no ordenamento jurídico italiano, necessariamente deveria se falar na ocorrência de um crime, o que deixava a margem da satisfação muitos danos sofridos pelos indivíduos, que não eram indenizados por ausência de previsão legal.

2.3.2 Surgimento do dano biológico

Conforme ensina a professora doutora Flaviana Rampazzo Soares em sua narrativa jurídico evolutiva do instituto dos danos existenciais no Ordenamento Italiano, a partir da década de 60 os juristas italianos passaram a ponderar a existência de um denominado “dano à vida de relação”¹⁰ (2009, p.42).

Pelo fato de que o que diferencia o ser humano dos demais animais é sua capacidade social de relacionamento e interação com o meio externo de acordo com o seu entendimento e livre escolha, não estando limitado por seu instinto, que cumulado com o fato da evolução para a habitação em grandes metrópoles, fez com que a luta do homem deixasse de ser contra a natureza, pela sobrevivência, passando para uma disputa muito mais complexa em busca da felicidade, plenitude e enquadramento social, onde não há um “inimigo” específico.

O ser humano necessita de atividades que lhe proporcionem socialização, lazer, esporte, arte e religiosidade, sendo estas atividades que o inserem como ser na sociedade.

⁹Codice Penale, Art. 185: Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili (2.043 c.c.). Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

¹⁰ Em italiano: Danno alla vita di relazione.

Questões sociais, psicológicas e antropológicas desprendem-se do objeto desta narrativa jurídico evolutiva, porém, mostram-se de fundamental conhecimento para compreender o dano às relações sociais.

Com grande dificuldade probatória, sempre foi necessária demonstrar redução na capacidade laborativa para se falar em dano biológico.

A sentença nº 184, de 14 de julho de 1986, proferida pela Corte Constitucional italiana é tida como uma evolução ao ordenamento italiano por ter reconhecido a existência de dano à saúde, ou dano biológico, independentemente de existência de ilícito penal ou alcance dos danos na esfera patrimonial.

Sua fundamentação foi no sentido de que a Constituição Italiana em seu art. 32¹¹ garante o direito à vida:

Constituição Italiana, Art. 32: O estado protege a saúde como direito fundamental e interesse social da coletividade garantindo tratamentos gratuitos aos necessitados. Ninguém poderá ser obrigado a um determinado tratamento se não em virtude de lei. A lei não pode em nenhum caso violar o limite imposto ao respeito da pessoa humana. (Tradução Livre).

Que cumulado com a previsão legal do art. 2.043 do código civil de que todos os danos devem ser ressarcidos, este posicionamento se mostrou plausível, valendo ressaltar que o referido dispositivo sempre foi utilizado como fundamento dos danos patrimoniais.

Necessário se fez estabelecer que o dano biológico não se tratava do direito moral previsto no art. 2.059 do código civil, o que possibilitava seu reconhecimento fora dos casos previstos em lei, independentemente de prática de ilícito penal.

Nesta decisão, devem ser observados três fatores que modificaram o entendimento da época: danos extrapatrimoniais poderiam ser indenizados com base no art. 2.043, portanto independiam de previsão legal; desnecessária era a comprovação de lesão ao patrimônio; e, se mostrou possível cumular mais de um dano proveniente do mesmo ato. (WESENDONCK, 2011, s.p.).

¹¹Costituzione Della Repubblica Italiana, Art. 32: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse dela collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a um determinato trattamento sanitario se non per desposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto dela persona umana.

Portanto, neste contexto existiam três modalidades de danos passíveis de indenização: (1) o dano moral, fundamentado no art. 2.059; (2) o dano material; e (3) o biológico, ambos fundamentados no art. 2.043.

2.3.3 Surgimento do dano existencial

Não levou muito tempo para a doutrina perceber que não bastava dar proteção ao direito à saúde, mas sim a todos os direitos da personalidade. Assim, na prática, a expressão dano biológico foi banalizada e vários casos foram rotulados com esta nomenclatura, visando uma indenização fugindo do requisito da previsibilidade legal do art. 2.059, cenário este que possui certa similaridade com a denominada “indústria do dano moral” presente na história do direito civil brasileiro.

Neste contexto, ao se perceber que a saúde não é o único direito fundamental que merece proteção, os juristas passaram a invocar o dano biológico sempre que algum direito fundamental fosse violado, tendo como fundamento o art. 2º¹² da Constituição Italiana:

Constituição Italiana, art. 2º: A república reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual, quer nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social. (Tradução Livre).

Foi na decisão nº 7.713, proferida no ano de 2000, pela Suprema Corte Italiana onde pela primeira vez se reconheceu o dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial, diversa do dano moral e independente de conduta criminosa. (SOARES, 2009, p.43).

Esta decisão tratava sobre a condenação de um pai que abandonou seu filho sem prover seu sustento, e, um fato curioso sobre ela a ser mencionado, consiste na absolvição na esfera penal por abandono, reforçando que este instituto não se trata de dano moral, portanto independia de conduta criminosa, conforme previsão legal do art. 2.059 do Código Civil italiano.

¹²Costituzione Della Repubblica Italiana, Art. 2: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Posteriormente a esta duas decisões de grande importância no Direito Italiano, foram proferidas, pela Corte de Cassação, as Decisões nº 8.827¹³ e 8.828¹⁴, ambas julgadas no dia 31 de maio de 2003, que ficaram conhecidas como sentenças gêmeas, onde foi consolidado que os danos biológicos deveriam ser fundamentados com base no art. 2.059 do Código Civil italiano que trata de dano imaterial, modificando como até então era motivado, visto que se baseavam no art. 2.043 do mesmo diploma.

Estas decisões tentaram regulamentar o sistema indenizatório extrapatrimonial, mitigando a banalização dos danos biológicos.

Posterior a elas, deve ser mencionada a Decisão nº 233, proferida pela Corte Constitucional Italiana, em 2003, que estabeleceu a distinção entre as três modalidades de danos extrapatrimoniais: Dano Moral Subjetivo, Dano Biológico em sentido Estrito e Dano Existencial, sendo aquele decorrente de abalo transitório ao estado de ânimo; esse decorrente de lesão à integridade física ou psíquica mediante comprovação médica; e este, decorrente de lesão aos demais direitos fundamentais constitucionais.

2.3.4 Banalização do dano existencial

Devido à criatividade, se é que não se pode dizer ousadia, dos advogados italianos, por óbvio, o instituto dos danos existenciais acabou sendo também banalizando, onde qualquer dissabor era alegado como fundamento para invocar o instituto na esperança de obtenção de “dinheiro fácil”, tais como: perder o capítulo final de uma novela por queda de energia, não gostar do corte de cabelo, atraso em rodoviárias e aeroportos, a pipoca comprada para a estreia mundial de um filme estar murcha.

Infinitos são os exemplos decorrentes banalização do instituto, que novamente é comparada com a “indústria do dano moral” presente no direito brasileiro.

Podemos citar como exemplo de tentativa de mitigação desta prática a Decisão nº 26.972 proferida pelas Seções Unidas da Corte de Cassação no ano de 2008.

¹³ Trata-se de indenização por erro médico que culminou no nascimento com tetraplegia e atrofia cerebral.

¹⁴ Trata-se de indenização à viúva pela morte de seu cônjuge em acidente automobilístico.

Tal decisão trata se um caso onde houve erro médico que culminou no atrofiamento de um dos testículos do autor, sendo a ele negada indenização por não ter demonstrado alteração em sua vida cotidiana em decorrência do erro.

Na prática italiana, o dano existencial está presente nas ações indenizatórias e por muitas vezes são deferidos sem que recebam esta nomenclatura, situação similar a ocorrente no direito brasileiro, onde possuímos várias “etiquetas” em nosso sistema indenizatório, como por exemplo: perda de uma chance, dano por ricochete, dano a imagem, dano estético, dentre outros fruto da ousadia e criatividade tanto dos advogados quanto dos magistrados e doutrinadores.

3 ADMISSIBILIDADE DO DANO EXISTENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Como visto, o ordenamento jurídico italiano adotou o sistema fechado para regular seu instituto reparatório extrapatrimonial, convencionando sempre a reparação de um dano que não atingisse a esfera dos direitos patrimoniais a uma previsão legal expressa, sendo a principal delas presente no Código Penal em seu art. 185 com a previsão de que toda conduta criminal obriga o autor a reparar a vítima tanto na esfera patrimonial quanto na esfera patrimonial.

Já no âmbito brasileiro, primeiramente devemos relevar a Constituição Federal de 1988 como uma divisora de águas no sistema indenizatório, que, embora já se falasse em dano moral no ordenamento brasileiro, trouxe previsão expressa no rol das cláusulas pétreas de que todo dano deve ser indenizado, inclusive o moral:

Constituição Federal de 1988, Art. 5º, 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;

A Legislação infraconstitucional, diga-se, o Código Civil, ao regulamentar a responsabilidade civil, bem como, sua consequente responsabilidade indenizatória optou por fazer uso de cláusulas abertas, aderindo ao sistema atípico indenizatório.

Portanto os defensores do dano existencial se apegam a este aspecto fático para alegar a admissibilidade do instituto em nosso ordenamento, visto que se

ele teve força para surgir em uma legislação que adotou o sistema fechado para regulamentar responsabilização civil, mais força ainda teria para ser aplicado em um ordenamento que adotou o sistema aberto, tendo em vista este motivar a criatividade dos juristas para inovações e criação de novas modalidades e rótulos para os danos sofridos pela pessoa humana.

Todavia, deve ser observado o mesmo argumento por um ângulo diverso, devendo ser ressaltado o fator necessidade, onde os que se posicionam contra o dano existencial como uma forma autônoma de dano, mas sim, outra dentre as mais diversas etiquetas atribuídas ao dano moral, defendem que o instituto do dano existencial apenas surgiu na Itália pela necessidade de um instituto para abranger os danos sofridos na esfera extrapatrimoniais onde não houvesse o cometimento de um crime.

Situação esta que se mostra ausente no cenário brasileiro, tendo em vista que justamente pelo nosso sistema indenizatório ter optado pela regulamentação atípica, nossa prática jurídica não se encontra limitada à previsão expressa para que um dano extrapatrimonial seja devidamente indenizado, portanto não há que se falar em dano existencial pela desnecessidade de criação de um instituto autônomo para reparar este tipo de dano.

Na prática jurídica brasileira o dano existencial, seja ele considerado autônomo ao direito moral ou uma subespécie deste, vem sendo reconhecido nos julgados dos tribunais. Portanto, é fato que por ser um dano sofrido pela pessoa merece ser indenizado, independentemente da “etiqueta” que recaia sobre esta violação a direito fundamental, justamente pela própria Constituição Federal prever que todo dano será indenizado.

4 POSIÇÃO DO NOVO CPC SOBRE A INDÚSTRIA DOS DANOS MORAIS

A banalização dos danos morais no cenário brasileiro foi incessantemente citada no decorrer da argumentação por sua relevância, visto que o Novo Código de Processo Civil do ano de 2015 trouxe dispositivos para mitigar este cenário jurídico. Portanto, embora as normas processuais não delimitem diretamente o direito material, ao regulamentar seu acesso, acaba por, como no caso, inibir seu exercício.

O novo diploma processual tenta limitar a criatividade dos juristas, o que acaba por dificultar a criação ou recepção de um novo instituto indenizatório.

O Professor Mestre Luiz Dellore ao criticar a famigerada “indústria dos danos morais”, menciona os principais fatores do Código de Processo Civil de 1973 que motivavam seu pleito genérico e desregrado (2016, s.p.).

Era permitido que o pedido de dano moral fosse pedido de forma genérica sem especificar a quantia exata a ser recebida, incumbindo ao Magistrado estabelecer uma quantia em dinheiro.

Ao ser julgado o pedido indenizatório moral era possível interposição de recurso buscando uma condenação em maior quantia pecuniária, protegido pela vedação do *reformatio in pejus*¹⁵, ainda que o pedido fosse feito de forma genérica.

Portanto, o indivíduo era estimulado a realizar um pedido de valor genérico para não limitar o dispositivo em eventual decisão *ultra petita*¹⁶ e, posteriormente com a prestação da tutela jurisdicional final, recorrer do valor arbitrado pelo magistrado buscando maiores valores.

O professor Mestre Luiz Dellore nos faz perceber que o autor optava por deixar a critério do magistrado a estipulação do valor a ser indenizado para posteriormente questionar o critério por ele utilizado através de recurso, objetivando uma maior condenação.

Além disso, ao ser parcialmente procedente o pedido de ressarcimento por dano moral, ainda que o autor tivesse reconhecido em seu favor apenas 1% do valor pleiteado não haveria sucumbência no valor restante. Assim, os autores eram estimulados a, quando não faziam pedido genérico, atribuírem valores elevados em seu pedido para ampliar o alcance do dispositivo, ainda que fosse evidente a desproporção, conforme a Súmula 326 do Supremo Tribunal de Justiça que dispõe da seguinte redação: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Com isso em mente, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 trouxe alguns dispositivos para limitar pedidos irresponsáveis de indenização por danos morais.

¹⁵ Consiste em piorar a situação do único recorrente por meio de reforma da sentença de primeiro grau.

¹⁶ Decisão que concede ao autor um valor maior do que foi pedido (critério quantitativo), sendo sua consequência jurídica a nulidade da referida decisão.

O inciso V do art. 292 do supracitado diploma trouxe a previsão legal de que o pedido de dano moral não poderá ser feito de modo genérico, ficando impossibilitado ao autor que deixe a cargo do magistrado a atribuição do valor, devendo ser previamente especificado no pedido um valor exato.

Código de Processo Civil de 2015, Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: [...]; V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

Além de evitar os pedidos genéricos, também afasta a possibilidade de recurso que busca simplesmente uma condenação em maior valor, tendo em vista que se for deferido o valor pleiteado não haverá interesse recursal por parte do autor, tendo em vista ter sido concedido justamente o que ele pediu.

Todavia, os principais dispositivos a serem citados são o §6º e §14 do art. 85¹⁷ do mesmo diploma que além de estipular que os honorários sucumbenciais nos casos de improcedência devem levar em conta como base o valor do pedido, também impossibilitam a compensação em caso de sucumbência parcial, fato este que superam a Súmula 326 do Supremo Tribunal de Justiça anteriormente citada.

¹⁷ Código de Processo Civil de 2015, Art. 85: A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

[...]

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

[...]

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Neste sentido, podemos citar o posicionamento do Advogado Zulmar Duarte Oliveira Junior sobre a sucumbência parcial:

Portanto, a estimativa realizada pelo autor ou reconvinte limita o provimento jurisdicional, sendo que do deferimento parcial do pedido indenizatório decorre a sucumbência parcial, com divisão dos ônus da perda respectivos (DUARTE, 2015, p.844).

Imagine o caso de um pedido de indenização por danos morais onde *quantum debeatur*¹⁸ fosse fixado no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) na petição inicial, sendo deferido pelo magistério em sentença definitiva apenas a quantia de R\$1.000,00 (mil reais).

No cenário processual sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, ao analisar o exemplo supracitado, percebemos que o autor teve mais de 99% de seu pedido indeferido, mas, mesmo assim fica livre de pagar honorários sucumbenciais, sendo a parte contrária sucumbente no valor base de RS 1.000,00 (mil reais).

Já com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015, este contexto sofre grande mutação, principalmente pelo fato da Súmula 326 do Supremo Tribunal de Justiça ter perdido seu efeito. Portanto, a sucumbência recíproca se faz possível em procedência parcial, o que muda completamente a situação do autor no exemplo demonstrado, pois, neste caso, por pedir a condenação da parte contrária em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e ter deferido em seu favor apenas a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), receberá este valor e a parte contrária será sucumbente com base neste valor, todavia, por ter R\$ 999.000,00 (novecentos e noventa e nove mil reais) do seu pedido indeferido, será sucumbente com base neste valor, devendo pagar honorários sucumbenciais ao patrono da parte contrária.

Para simplificar, anteriormente, ao pedir R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) tendo o juiz deferido apenas R\$ 1.000,00 (mil reais), na vigência do Código de 1973, o autor receberia seus R\$ 1.000,00 (mil reais) e a parte contrária deveria pagar honorários sucumbenciais sobre este valor para o advogado da parte vencedora. Já no cenário de vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015, que afasta a vedação da sucumbência recíproca, a situação em favor do autor

¹⁸ Valor a ser indenizado, montante da indenização.

continua a mesma, receberá sua indenização e seu patrono receberá sucumbência da mesma maneira que anteriormente mencionado, todavia, este autor deverá pagar honorários sucumbenciais referentes à parte do pedido que foi indeferida, tendo como base o valor de R\$ 999.000,00 (novecentos e noventa e nove mil reais).

Portanto, sob a ótica da situação fática, o autor passa anos litigando no judiciário para ao fim ter 1% de seu pedido procedente, onde em um primeiro momento teria lucro um pequeno “lucro”, e em um segundo passa a ter um grande “prejuízo”.

Estes mecanismos trazidos pelo novo Código de Processo Civil inibem o pedido desregrado e irresponsável dos danos morais. Portanto, na prática, o advogado cauteloso fará um estudo jurisprudencial sobre casos semelhantes em busca de identificar o entendimento dos tribunais referente ao *quantum debeat* de situações semelhantes, para que eventualmente não seja sucumbente em quantia eventualmente indeferida.

Esta tentativa de catalogação dos valores indenizatórios acaba por limitar a criatividade dos advogados, pois como será necessário estudo jurisprudencial para não realizar um pedido desproporcional e eventualmente ser condenado ao pagamento de sucumbências com base neste valor, as novas modalidades, ou “etiquetas”, de danos imateriais não terão embasamento jurisprudencial para seu pedido.

Isso torna grande o risco ao inovar no ordenamento jurídico, o que acaba por dificultar o surgimento de novos institutos no ordenamento, bem como retarda a evolução de institutos que estão surgindo, como é o caso do dano existencial que timidamente aparece na jurisprudência brasileira.

Por fim necessário se mostra ressaltar que no âmbito da prática trabalhista a condenação ao pagamento de sucumbência sua presença apresenta caráter de excepcionalidade, portanto sob uma fria análise a inovação processual civil não prejudica o pleito de danos existenciais nas reclamações trabalhistas assim como prejudica na esfera cível.

5 CONCLUSÃO

Por fim, podemos dizer que embora o Sistema Indenizatório Italiano seja completamente diferente do ordenamento brasileiro, a Constituição Federal

Brasileira, bem como o Código Civil, preveem, através de cláusulas gerais, que os danos devem ser indenizados. Portanto, independentemente de aceitar o dano existencial como um dano autônomo ao dano moral, ou como uma subespécie deste, na prática o que for demonstrado será indenizado.

Também devemos ressaltar que a vigência do Código de Processo Civil de 2015 tentou mitigar a famigerada “indústria dos danos morais”. Neste sentido, acabou por limitar e inibir a ousadia dos advogados em idealizarem novos institutos indenizatórios, atribuindo onerosidade pecuniária em caso de indeferimento.

Neste sentido, embora já seja timidamente aceito na jurisprudência o dano existencial, somente com o tempo e amadurecimento das discussões é que teremos um posicionamento legal sobre o assunto, o que pode sofrer um retardo temporal pelo novo cenário processual dificultar a evolução jurisprudencial do dispositivo em nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Lei nº. 4.117/62**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Lei nº. 5.250/67**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 15/03/16.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p

DELLORE, Luiz. **Novo CPC e o pedido de indenização: fim da “indústria do dano moral”?** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-o-pedido-de-indenizacao-fim-da-industria-do-dano-moral>>. Acesso em: 27/04/2016.

ITÁLIA. **Costituzione Della Repubblica Italiana**. Disponível em:
<<http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>>. Acesso em: 15/03/16.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 15/03/16.

ITÁLIA. **Codice Penale**. Disponível em:
<<http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>>. Acesso em: 15/03/16.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em:
<<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 15/03/16.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em:
<http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf>. Acesso em: 15/03/16.

NAZATO, Alex Galvão. **Crítérios de Fixação do Valor da Reparação por Dano Moral - Estudo Sobre os Requisitos Adotados Pela Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:
<<http://www.webartigos.com/artigos/criterios-de-fixacao-do-valor-da-reparacao-por-dano-moral-estudo-sobre-os-requisitos-adotados-pela-doutrina-e-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/85802>>. Acesso em: 18/04/16.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. **Comentários ao CPC de 2015, Parte Geral**. São Paulo: Método, 2015.

SANTIAGO, Emerson. **Código de Hamurabi**, Disponível em:
<<http://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>> Acesso em: 18/04/16.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Rafael Silveira de. **Dano Existencial na Relação Laboral**. Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13985>. Acesso em: 18/04/16.

WESENDONCK , Tula. **O Dano Existencial Nas Jurisprudências Italiana e Brasileira - Um Estudo de Direito Comparado**. Disponível em:
<<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5ff3/6073/6a90>>. Acesso em: 18/04/16.