

Releitura da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (*narrowing* dos precedentes em relação ao termo inicial dos juros na reparação do dano extrapatrimonial)

Cássio Benvenuto de Castro

Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: Introdução 1 A perspectiva conceitual da jurisdição 1.1 A propedêutica situacional que implica os fundamentos da Súmula 54 do STJ 1.2 Os fundamentos determinantes do enunciado sumulado 2 A perspectiva funcional da jurisdição 2.1 A metodologia multifuncional para o arbitramento do dano extrapatrimonial 2.2 *Narrowing*: o termo inicial dos juros sumulados e ratificados por precedentes exaspera a autorrestricção em relação ao arbitramento judicial do montante para reparar o dano extrapatrimonial. Para uma base de cálculo diferente, o termo inicial dos juros é diferente. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction 1 The conceptual perspective of the jurisdiction 1.1 The situational propaedeutics that implies the essence of Precedent 54 of the Superior Court of Justice 1.2 The determining fundamentals of the summary statement 2 The functional perspective of the jurisdiction 2.1 The multifunctional methodology for the arbitration of off-balance damage 2.2 *Narrowing*: the initial term of interest accepted by precedents exasperates self-restraint in relation to judicial arbitration of the amount to repair off-balance sheet damage. For a

different calculation basis, the initial term of interest is different. Conclusion. References.

RESUMO: Diversos precedentes judiciais do início da década de 1990 resultaram na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. O enunciado refere que a data da prática do fato ilícito indica o termo inicial da incidência dos juros em se tratando da indexação da indenização por ilícito extracontratual. Os julgados não abordaram especificamente o arbitramento do dano extrapatrimonial. A jurisdição constitucionalizada transcende os limites sumulados, porque atualmente a jurisdição se vale de parâmetros objetivos que já internalizam, inclusive, o fator tempo no valor da indenização que recompõe o estado das coisas. Daí que a matéria sumulada deve ser repensada na hipótese do dano extrapatrimonial. Nesse caso, a indexação da indenização deve reconsiderar uma redução do interstício temporal para repensar o termo inicial da incidência dos juros moratórios de maneira prospectiva, considerando que a decisão judiciária concretiza a norma da responsabilização e o próprio valor arbitrado como indenização.

ABSTRACT: Several judicial precedents from the early 1990s resulted in Precedent 54 of the Superior Court of Justice. The statement states that the date of the practice of the unlawful fact indicates the initial term of the incidence of interest in the case of indexing the indemnity for non-contractual illicit. The judges did not specifically address the arbitration of off-balance sheet damages. The constitutionalized jurisdiction transcends the summed-up limits, because, currently, the jurisdiction makes use of objective parameters that already internalize, including, the time factor in the value of the indemnity that recomposes the state of things. Hence, the summarized matter must be rethought in the event of off-balance sheet damage. In this case, the indexation of the indemnity must reconsider a reduction of the temporal interstice for the incidence of the initial term of the default interest for the future, considering that the judicial decision materializes the liability rule and the amount arbitrated as indemnity.

PALAVRAS-CHAVE: processo civil; precedente; *narrowing*; releitura

KEYWORDS: civil procedure; precedent; narrowing; rereading

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça sucedeu inúmeros julgados até resultar no achado da Súmula 54, que estabelece: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual”. As decisões ameadas para a convergência sumulada são datadas do primeiro quartel dos anos de 1990, época em que *ainda não estavam nítidas* as implicações decorrentes da Constituição na teoria e na prática da tutela jurisdicional – sequer a terminologia precedente estava bem apreendida¹.

O ensaio parte da análise dos fundamentos determinantes das decisões que foram compiladas para resultar na Súmula 54, em especial, assinalando o contexto propedêutico da jurisdição que alavancou tais precedentes. Na época, a jurisdição meramente *declarava ou explicava* os textos legislativos. A observação dessas questões é confrontada com a metodologia da decisão judicial que atualmente se estrutura por uma jurisdição que *concretiza a norma do caso concreto para entregar a tutela do direito da melhor forma possível*. Em resumo, a jurisdição transitou de um *conceito declaratório e subserviente* ao Legislativo para assumir uma *função concretizadora da norma do caso* e que também elabora *precedentes* que transcendem os lindes processuais subjetivos, o que adensa a reflexão sobre base de cálculo da indenização e se reflete sobre o termo inicial da incidência dos juros – em especial, no caso da indenização por dano extrapatrimonial, que

¹ Naquela época, as decisões não deixam de ser formalmente consideradas jurisprudência com um grau de vinculatividade razoável em termos horizontais e verticais. Porém, desde o início do presente trabalho, é utilizada a terminologia *precedente* por dois motivos: em primeiro lugar, porque “por sobre a Súmula 54” e “ao encontro da Súmula 54” diversos *precedentes qualitativamente* robustecidos apresentam a força vinculativa conferida pelo Estado Constitucional e desenvolvida pela jurisdição cujo escopo é a tutela dos direitos; em segundo lugar, esses verdadeiros precedentes *mais recentes* ratificaram ou ajudam a delimitar as razões determinantes das decisões que a “jurisprudência de outrora alinhavou para a convergência na Súmula 54 do STJ”. Não ocorre um prejuízo semântico ou técnico – apenas é necessário ressaltar a transição de um modelo de Estado e de Jurisdição, tudo isso como a manutenção de uma Súmula que completa aniversário de 30 anos. A maneira como se entende o direito modifica toda a vinculatividade das próprias fontes.

tudo indica não ter sido cogitada nos julgados dos anos 1990, tampouco nos que lhes seguiram.

Assentado que a jurisdição atualmente concretiza normativamente o dever de responder pelos danos extrapatrimoniais, conseqüentemente, também ninguém discorda de que o juiz é que arbitra o montante da indenização. A proposta da releitura da Súmula 54 do STJ, então, é resultante da autorrestrição desse enunciado e dos precedentes supervenientes que dele se valeram, porque uma perspectiva da jurisdição que leva em conta uma reconstrução da ordem jurídica e da própria *base de cálculo a ser indenizada se reflete, necessariamente, no elemento acessório que serve para a indexação – em se tratando do dano extrapatrimonial, trata-se de reexaminar o termo inicial dos juros que incidem sobre o montante da dívida. Ele repercute os efeitos do novo contexto da jurisdição constitucionalizada.*

Se outrora o Superior Tribunal de Justiça decidiu inúmeros casos e determinou o termo inicial dos juros moratórios para a finalidade de uma reparação integral, isso também ocorre na atualidade. Com o detalhe de que a jurisdição contemporânea agora desempenha outra função, mais dinâmica e valorativa, o que repercute sobre a *base de cálculo e sobre o termo inicial da fluência dos juros na indenização por dano extrapatrimonial de uma maneira diferenciada daqueloutra – em resumo, os juros moratórios atuam de maneira prospectiva à concretização da norma do caso concreto.*

1 A PERSPECTIVA CONCEITUAL DA JURISDIÇÃO

Os enunciados ou súmulas das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas raramente decorrem do julgamento de um único caso. A jurisprudência reúne uma série de decisões que sedimentam a compreensão do direito – salientando que a norma é produto da interpretação no Estado Constitucional. É nessa energia que a súmula, em semelhança ao verdadeiro “processo social e institucional” de formação de um enunciado normativo, encerra diversos entendimentos limítrofes e por vezes contraditórios, mas que refletem a composição democrática das vinculações,

persuasões ou dissonâncias que emprestam consistência ao direito oriundo do seio judiciário².

A Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça está para completar trinta anos desde a publicação³. No cotejo ao antigo ou ao atual Código Civil, ela parece singela e perene ao enunciar que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Porém, nessa literalidade, é possível antever a importância de uma diatribe *conceitual* – o dano a ser indenizado em responsabilidade contratual ou os danos a serem indenizados em responsabilidade extracontratual (aquiliana) foram examinados enquanto elementos centrais das decisões.

2 “O fenômeno nada teria, em si, de surpreendente. O Direito, realidade cultural, coloca-se, tal como a língua, numa área de estabilidade marcada. As verdadeiras mudanças são lentas; a sua detecção depende de uma certa distanciação histórica”. CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito” de CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. IX.

3 Importante assentar que a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça provém de um ambiente cultural em que a Corte de vértice fazia jurisprudência e que o conjunto de decisões similares eram abarcados por súmulas persuasivas – assim se mantinha em evidência a supremacia do texto da lei no Estado Legislativo. Existe uma discussão sobre a vinculatividade de súmulas ou precedentes na transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. O presente ensaio parte do pressuposto dogmático de que os art. 489, §1º, V e VI, 926 e 927, do CPC, são normas gerais transeitoriais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil em todas as esferas jurídicas. Assim que a jurisdição se reforça juspoliticamente nessa *transição da jurisprudência para o precedente*, o Estado Constitucional atualmente considera a decisão do STJ um precedente vinculativo no sentido forte. A questão assumiu foros institucionais para respaldar a consistência do direito por intermédio do discurso argumentativo das Cortes Supremas – o STF e o STJ. A pesquisa trabalha com a noção de precedente, ou seja, trata-se de um julgamento qualitativamente diferenciado, que fundamenta a decisão do caso, mas também confere sentido e unidade ao direito (esses dizeres chegam a estarem escritos na “missão do STJ”, no pórtico de entrada dos prédios, em Brasília). MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1269. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*. Ainda que se alegue que a Súmula 54 do STJ é um rescaldo de um apanhado de *jurisprudências sem valor vinculante forte*, é necessário considerar o seguinte: *a partir dessa súmula, o STJ firmou diversos precedentes* (conforme o Estado Constitucional), que praticamente repetem a *ratio decidendi* já avistada nos acórdãos que aparelharam a súmula. Logo há *uma solução de continuidade no adensamento jurídico da tese para a qual ora se postula um estreitamento (narrowing)*. Marinoni comenta precisamente que a súmula é um enunciado abstrato que não se qualifica como precedente. “O problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca da questão jurídica, mas é imprescindível que esse enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial”. Mais adiante, o autor assinala que “a legitimidade da coisa julgada não pode ser confundida com a legitimidade do *stare decisis* ou do precedente com força obrigatória”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 155. Ocorre que no *caleidoscópio massificado da jurisdição brasileira*, precedentes como o REsp 710.879 e REsp 1.152.548 sobrevieram à Súmula 54 – pautando uma *holding* idêntica à outrora antevista. Fenômeno que ratifica a utilização das bases quicá jurisprudenciais, atualmente firmadas em precedentes, para acusar a necessidade da distinção restritiva da Súmula-precedentes no caso da indexação do montante concretizado a título de indenização por dano extrapatrimonial. Afinal, o direito brasileiro nasce do galho em planta, é a terra do *tertium genus*.

A sistematização entabulada pela Súmula 54 do STJ abarca os chamados *novos danos* decorrentes com a previsão e com a proteção de *novos direitos* que o sistema jurídico prevê?

Aparentemente, a leitura dos acórdãos que anteciparam a publicação do enunciado permite identificar a racionalidade de um contexto decisório conceitual. Ou melhor, a essência que propulsionou a súmula (os fundamentos determinantes da jurisprudência) é referente a uma hipótese (contratual) de o ilícito poder prever um termo inicial para os juros, e a outra hipótese (extracontratual) de ilícito não prever esse termo inicial. Importante considerar que *em nenhum momento o foco* dos julgados que aparelharam a Súmula 54 do STJ esteve apontado para o arbitramento do dano extrapatrimonial, tampouco para a respectiva indexação.

Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial número 3.766-RJ (DJ 28-10-1991), o Superior Tribunal de Justiça discutiu a incidência do então art. 1.544 do Código Civil de 1916 ao *preposto que comete o ilícito diretamente* – não ao proponente que o contrata como empregado ou mantém com ele relação jurídica de prestação de serviço. Além dos juros ordinários incidentes ao valor do dano e desde o tempo do ilícito, a indenização compreende os juros compostos que oneram o praticante da conduta. Na oportunidade, a demanda judicial não foi proposta contra o motorista que ocasionou o acidente (contra o culpado pelo acidente), mas contra a empresa proponente. A Corte questionou se contra o proponente (“figura de trás”), que pode ser o Estado ou uma empresa que contratou o motorista, os juros compostos também podem incidir?

Duas correntes se contrapuseram: o juro composto tem a natureza de sanção civil, portanto a inteligência do dispositivo não pode ser ampliada para agravar a situação do proponente. Quer dizer que os juros compostos somente podem ser imputados ao motorista que ocasionou o acidente, sendo incabível a analogia para fazer incidir essa espécie de juros contra o proponente (empregador civil ou Estado). Outra vertente não distinguia a natureza sancionatória dessa espécie de juro (composto)

– não importava se ocorria uma categoria de acessório penal ou meramente compensatório –, daí concluindo que essa modalidade de juros deveria onerar ambos os eventuais demandados-responsáveis (motorista ou proponente).

A corrente vencedora foi a primeira citada, que distinguiu a natureza do juro (composto) como uma pena civil. Os juros compostos somente poderiam incidir sobre o sujeito que ocasionou o ato contrário ao direito, sem ricochete ou desdobramento civil ao empregador ou a outra entidade.

O importante é notar que, desde esse primeiro julgado, a *amplitude da incidência dos juros* depende da *natureza da base de cálculo (do suporte fático) que ele incrementa*. O caráter delituoso do evento que causou o dano e a ligação direta-causal (naturalística⁴) entre o evento e o agente desse fato foi determinante. Isso que matiza uma diferenciação sobre a incidência do juro composto no julgamento do EREsp 3.766-RJ.

No REsp 540-SP (DJ 28-10-1991), no qual se examinava a prescrição vintenária em indenização de acidente ferroviário, o Superior Tribunal de Justiça fixou que os juros moratórios deveriam incidir desde a data de evento danoso (*sem aparentemente distinguir a natureza do dano que estava para ser indenizado*). No mesmo sentido, o REsp 1.437-SP (DJ 13-08-1990) se valeu do art. 1.544 do Código Civil de 1916 para definir que “nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou”. Inteligência que sufragou o REsp 3.766-RJ (DJ 18-03-1991), ao conferir uma interpretação sistemática aos artigos 948, 962 e 1.544, todos do Código Civil de 1916, conferindo uma aplicação judiciária da norma *mais benéfica ao lesado* – quando se fala em ilícito é subentendido o caráter extracontratual, razão pela qual as decisões não demarcaram uma segmentação digna de aprofundamento argumentativo em termos de danos extrapatrimoniais (um “novo” direito pervasivo desde a Constituição).

4 A relação entre causador do dano e o dever de indenizar que enseja a incidência dos juros compostos é de matiz naturalístico. Um liame causal-jurídico pode ser apreendido somente entre o empregador e o causador direto do dano (o preposto). Justamente, é nesse vínculo que abarca a “lei de cobertura” ou o nexa causal jurídico – nessa última decorrência em ricochete não estaria implicado o juro composto (o nexa de imputação arrefece a incidência do juro composto).

No REsp 4.517-RJ (DJ 05-11-1990), o Superior Tribunal de Justiça se reportou a caso “idêntico” já decidido no REsp 1.437-SP (DJ 13-08-1990), ratificando que o termo inicial dos juros moratórios é marcado desde a data do evento. Importante que o REsp 6.195-SP (DJ 11-03-1991) salientou que o art. 962 do Código Civil de 1916 se refere à obrigação proveniente de “delito”. Ou seja, o precedente direcionava a questão dos juros para casos de responsabilidade aquiliana. Mais emblemático, a título de *holding* da decisão, é novamente interessante assinalar que as inúmeras discussões travadas têm algo em comum – a *incidência dos juros sempre depende do suporte jurídico que lhe alavanca a força punitiva*. A natureza delitiva do evento ou o caráter aquiliano da indenização, enfim, é a peculiaridade que permite definir o termo inicial dos juros. Isso acontece pelo fato de não haver termo *ad personae* na hipótese de ato contrário ao direito em caso de dano extrapatrimonial (delito em sentido estrito).

A questão da “fonte jurídica” dos juros é ainda mais candente no REsp 9.753-SP (DJ 09-12-1991), oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça fixou condenação ao pagamento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente ferroviário que vitimou um “viajante pingente”. A interpretação da Corte foi *um tanto literal*, porque deixou claro que o caráter contratual ou aquiliano da relação não poderia ser sotoposto na expressão “delito” (previsão do art. 962 do Código Civil de 1916). O termo inicial dos juros, na inteligência do art. 1.536, §2º, do Código Civil, seja para incidir sobre os danos materiais ou sobre os danos extrapatrimoniais, deveria ser contado a partir da citação – por uma equiparação *by standard* que o sistema jurídico elabora entre usuário do serviço de consumo e a vítima desse serviço.

No REsp 11.624-SP (DJ 1º-03-1993), o debate entre os Ministros pacificou a possibilidade de cumulação entre danos materiais e danos extrapatrimoniais, ainda que decorrentes de um mesmo evento. De outro lado, permanece latente a vinculação da racionalidade à ocorrência de um “ilícito” para afirmar que o termo inicial dos juros é a partir do evento – em contrapartida,

um ato que não se configurou em um ilícito praticado pela fornecedora de serviços, mas de uma questão contratual, deveria ser indexado pelos juros desde a citação. O caso também examinava pessoas que estavam indevidamente se deslocando em compartimento não permitido do trem e, para fins de contrato, eles não são consumidores no sentido estrito do termo. Podem ser consumidores por equiparação (art. 17 do CDC), portanto a relação entre eles e a prestadora de serviços não é contratual.

Considerando que houve ilícito, a distinção foi essencialmente sobre o caráter originário do fenômeno jurídico que ligou materialmente as partes – o *matiz contratual* ou o *matiz aquiliano* da relação jurídica. No caso de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem ser contados a partir da citação (ainda que se trate de um contrato standard ou de “um mesmo evento acidental”). No mesmo sentido que o derradeiro REsp 16.238-SP (DJ 1º-06-1992) se reportou ao precedente anterior para afirmar que a categorização decorre do direito material apreciado de uma maneira conceitual (geral, abstrata e fechada – o *texto da lei* é protagonista de uma atividade judiciária que reproduz e explica determinações legais).

A análise dessa verdadeira diatribe entre responsabilidade contratual e extracontratual aparece como algo análogo ao engessamento que o Código de Processo Civil de 1973 engendrou, em termos de efetividade da tutela jurisdicional. Naquela época, por exemplo, o “processo de execução” era separado na prática de acordo com a natureza do título executivo – o título executivo judicial *versus* o título executivo extrajudicial. Tudo acabava sendo remetido para um *novo processo* diferente do processo de cognição, sendo que esse momento satisfativo perduraria muito tempo e não se adequava às necessidades das pessoas que, dificilmente, ou com muito gasto de dinheiro e energia, alvitavam a pouca efetividade da tutela jurisdicional.

Embora o Código Civil e a dogmática falassem em obrigação pecuniária, obrigação de fazer ou obrigação de entregar coisa, o que realmente importava em juízo seria a natureza do

título, o que não destoia dessa modulação dos precedentes entre o que é do “contrato” e o que não advém do “contrato”. Nos precedentes que aparelharam a Súmula 54 do STJ, o que importava era definir a separação entre ilícito contratual ou extracontratual, bem assim pontuar que os juros compostos somente oneravam o causador imediato do evento (preposto).

Demais peculiaridades referentes aos diversos “novos danos” e aos “novos direitos” experimentados na atualidade não foram suscitados pelos julgados – *a questão do dano extrapatrimonial e os juros que o indexavam não foi pormenorizadamente abordada nas decisões*.

O Código de Processo Civil de 2015 remodela essa maneira de adequar as técnicas processuais às necessidades do direito material. De plano, merece assinalar a fungibilidade entre as execuções, porque “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” (art. 785 do CPC). Esse dispositivo não toca apenas ao sempre lembrado “interesse de agir”, mas revela um processo flexível e que deve se adaptar às necessidades das pessoas, à realidade do direito material. As categorizações jurídicas já não resistem a diatribes meramente conceituais, mas ensinam apreender os textos legislativos como “problema”⁵ a partir do qual o intérprete concretiza a norma do caso.

5 O Estado Legislativo decorrente do positivismo clássico tratava os textos dos códigos como reflexo da segurança jurídica implicada pela univocidade do direito. Atualmente, a segurança jurídica ocorre pela *consistência das decisões* que conferem unidade ao direito através das Cortes Supremas (*a fortiori*, o polêmico art. 926 do CPC) – afinal, o direito apreende dupla indeterminação (a equivocidade dos textos e a vagueza das normas). No Estado Constitucional contemporâneo, repleto de diuturnos novos conceitos e de inúmeras hipercomplexas funcionalidades, melhor falar que “o ordenamento jurídico serve como um problema” desde o qual o operador vai interpretar e aplicar a norma e sem descurar do caso. A circulação é metodologicamente válida. Dispositivo é condição de possibilidade da norma, a relação entre elas é teleológica. Ver ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 33 e 37. Citar a separação dos Poderes do Estado como arquétipo que modularmente influencia a supremacia ora do Legislativo, ora do Judiciário (em período mais recente do Estado Constitucional) quer dizer que a interpretação atente a um mecanismo “quase” pré-dado para os alvítes institucionais. Com efeito, conforme Parsons e o seu sistema conformado pela consecução do fim, manutenção das estruturas, adequação e integração – um sistema estrutural-funcionalista; quer dizer que os poderes separados e atualmente harmônicos equilibram a sustentabilidade das tarefas de cada qual, em especial, conferindo poder interpretativo-concretizador da norma do caso ao Judiciário em tempos contemporâneos. As bases do sistema estão postas e a ideia mais ou menos dinâmica-concretizadora da interpretação é que vai ditar o ideal efetivamente funcional da proposta estatal com o passar do tempo e as mudanças culturais.

Respeitosamente, a premissa elencada coloca em xeque a permanência de uma aplicação axiomática da Súmula 54 do STJ para demarcar o termo inicial da fluência dos juros moratórios em caso de indenização por prejuízo extrapatrimonial. A essência que estruturou os diversos Recursos Especiais que ilustraram o enunciado permite uma releitura, ou melhor, uma pontual distinção pragmática quanto ao termo inicial dos juros na indenização por dano extrapatrimonial.

1.1 A propedêutica situacional que implica os fundamentos da Súmula 54 do STJ

Duas frentes dogmáticas são peremptórias para a sucessão dos precedentes que embasam a Súmula 54 do STJ: a separação dos poderes do Estado, com a prevalência do Legislativo sobre o Judiciário⁶ e a decorrente tarefa descritiva do Judiciário perante os textos legislativos⁷.

Os argumentos ventilados nas decisões assinalam uma verdadeira sistematização do direito privado, que parte do texto do Código Civil (na época, uma obra monumental e global do sistema do direito privado). Vale dizer que os julgados não confe-

⁶ Antes da Revolução Francesa, o Judiciário era formado por membros da alta classe que podiam ceder ou vender os próprios cargos. A corrupção e a desconfiança em relação ao órgão judicante cresciam. Realidade que levou Montesquieu a desenvolver um modelo de Estado que pregava a separação absoluta entre os poderes. Mais que a separação dos poderes, devido àquela desconfiança, o esquema reservou uma tarefa meramente *cognitiva dos textos da legislação ao juiz*. O juiz não criava o direito, apenas reproduzia a vontade do legislativo, a lei do caso concreto – ditames que foram assimilados pelos processualistas da cepa de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei e que vieram a influenciar o manuseio do processo em direito brasileiro. Nesse formato, *o Judiciário foi subordinado ao poder Legislativo*, tendo em vista que para que a separação dos poderes funcionasse, “o legislativo deveria editar leis capazes de regular todas as situações. Ganhou força, assim, a figura dos Códigos, monumentos legais editados com a promessa de completude e coerência. Com eles, os juízes poderiam e eram incentivados a se portar como a simples boca da lei”. PUGLIESE, William. Precedentes e a Civil Law brasileira (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28. Falar em Estado liberal clássico é reativar a separação absoluta dos poderes nesse período que sucede a Revolução Francesa, sobretudo assinalando a supremacia do Legislativo por sobre o Poder Judiciário – o que somente foi modificado com o movimento constitucionalista de meados do século XX (pós-guerra).

⁷ A separação de poderes chega a ser uma “noção de cobertura” paradigmática que se reflete no modelo racionalista da operação jurídica – a própria separação dos poderes se modifica ao longo do tempo (passou a ser uma *separação harmônica de funções* estatais com o escopo da tutela dos direitos das pessoas). “A univocidade de sentido, que o juracionalismo procura conferir à norma legal, retira do julgador a possibilidade de interpretar, usurpando, assim, o seu poder criativo. Suprime-se inclusive sua autonomia crítica, e o julgador não age valorativamente, mas apenas descobre a vontade unívoca do legislador”. MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), julho-dezembro 2012, p. 171.

rem uma unidade consistente do direito pela “concretização” da norma, antes, meramente se reportam aos *dispositivos de normas* positivados na codificação para explicarem ou sistematizarem o encontro de soluções já legisladas.

O Superior Tribunal de Justiça, naquele primeiro quartel dos anos de 1990, manuseava a legislação conforme os ditames culturais da época – não há nada errado nisso. Porém é necessário demarcar que a propedêutica ora denominada “situacional” revelava um desdobramento ilocucionário (o que se faz para aplicar a súmula) e outro locucionário (o sentido que embasa tal aplicação)⁸. Quer dizer que o STJ descrevia a “vontade” da lei⁹, desenvolvia dogmaticamente as fronteiras da literalidade do código sem, contudo, apreciar os novos direitos para os customizar, sem a então interferência do fenômeno da constitucionalização e, sobretudo, sem discutir a densidade preditiva-concretizadora de uma decisão judicial em parcela de igualdade harmônica e material com o Poder Legislativo.

A separação dos poderes¹⁰ era levada em margem de igualdade formal. Ou melhor, o Legislativo se sobrepunha ao Judiciário no tocante ao “poder de dizer a legislação”. Daí que os

8 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 21.

9 A corrente cognitivista pode ser decantada em subjetiva (vontade do legislador) e objetiva (vontade extraída do conteúdo da lei). Com a influência de Wach, que além de processualista era um teórico do direito, fala-se mais em “vontade da lei” em um sentido objetivo, como se o cognitivismo fizesse uma descoberta ou um conhecimento do significado dos textos – pressupondo que não haveria ambiguidades ou vagezas normativas, indicando que todo o direito e a segurança jurídica fossem decorrentes das fontes legisladas. Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409.

10 Uma separação absentista ou autonomista dos poderes – observada sem a motricidade da harmonização desses mesmos poderes – é campo institucional propício para que os assuntos ou as funções desempenhadas pelos poderes também “não dialoguem”. Daí a reta separação entre direito material e processo, então defendida pela Escola Processualista, que elevou o processo civil a uma categoria autônoma até os limites da decisão (e da teoria da decisão judiciária) para não tocarem o ordenamento civil com a nota da criatividade. O cognitivismo apenas traduz o que o texto do direito material já traz por completo. A doutrina refere que “podemos relacionar a necessidade do afastamento entre *direito material* e *direito processual* daquela época com a necessidade de separar rigidamente a função do Estado, que tem o poder de *criar* a norma, daquele que tem o poder de *aplicá-la*. Em outras palavras, apenas a uma das funções do Estado poderia ser outorgado o poder de *criar* o direito, cabendo à outra a descoberta do significado e a declaração do direito preexistente, mediante a sua aplicação ao caso concreto. Cabia, assim, ao Poder Legislativo criá-lo, e ao poder jurisdicional aplicá-lo. Não era permitido nenhum ato de criação daqueles que exerciam a função de aplicação do direito.” FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIÉRO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marioni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 293.

aspectos que justificam a equivalência do termo inicial dos juros, seja para os clássicos direitos a serem indenizados, seja para os novos direitos que surgem na hipercomplexidade social, estavam equiparados por intermédio de uma legislação de 1916 e que ignorava ou “passava batida” pela força normativa da nascente Constituição de 1988.

Citando Jerzy Wróblewski, a doutrina refere que “tudo isso era muito bem-vindo pelos valores do Estado liberal clássico. Os valores jurídicos que orientam a decisão judicial são a certeza, segurança jurídica, estabilidade das decisões etc., uma vez que se a decisão está inteira e estritamente determinada pela lei, as decisões são tão estáveis e seguras quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto”¹¹. A tarefa *do juiz era meramente declarar* a norma contida no texto da lei, e o trabalho da sistematização não exaspera tais limitações, então se falava com naturalidade em indenização decorrente de ilícito contratual ou extracontratual para simplesmente reproduzir os termos que o Código Civil estabelecia. Sem espaços para os danos extrapatrimoniais e suas intercorrências cada vez mais complexas.

No aprofundamento da visão, fácil identificar que o Judiciário pensava o processo e a decisão pela *lente do civilista*. Haja vista que os institutos basilares do processo civil estavam pautados por uma metodologia que colocava a jurisdição no centro da teoria processual e, de resto, batizava-se o processo e seus institutos como uma “relação jurídica” (desde a obra bülowiana de 1868). A propedêutica processual estava compromissada com a tipologia do direito privado – razão pela qual ora se lhe denomina “situacional”, para salientar o caráter abstrato, avalorado e fechado que um achado do processo acaba sendo resumido, considerando que a decisão perde a própria dinâmica para aderir a uma estática classificadora dos institutos demarcados pelo civilismo. Ou melhor, a jurisdição recondizia os seus dizeres ao que

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26. No mesmo sentido, Riccardo Guastini, *Argomentare...*, cit., p. 257/8. Para aprofundar, CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica de interpretação jurídica* (brevíário para juristas). Trad. Daniel Mitidiero *et alii*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 45 e seguintes.

a legislação já falava em outros termos, talvez mais complexos, mas sobretudo conceituais.

Deixar de examinar os julgados que fundamentam a Súmula 54 do STJ enseja uma aplicação axiomática¹² do enunciado. Perspectiva pela qual a prática já não permite ao magistrado da instância inicial, pois ele deve refletir sobre a natureza da *base de cálculo para justificar a incidência de juros, bem assim examinar o termo inicial dessa conta de indexação*. Quando se cogita da indenização pela prática de fato sem que exista um termo legal previsto na lei ou no contrato, de pronto advém o legado da Súmula 54, que atualmente está positivado no art. 398 do Código Civil.

Entretanto, é preciso refletir que em todos os casos elencados não existe um anterior “arbitramento judiciário” dos danos ou prejuízos a serem indenizados. Se arbitramento existe, trata-se de uma decorrência do trabalho do perito (art. 509, I, CPC), que parte de premissas metajurídicas para o cálculo do prejuízo.

O julgamento do ilícito, do dever de reparar o dano extrapatrimonial e a definição do termo inicial dos juros é decorrente de uma jurisdição preditiva que *concretiza a norma* da questão em demanda.

Com efeito, a liquidação por arbitramento¹³ efetuada pelo perito não tem nada a ver com o arbitramento de um dano indenizável a ser efetuado pelo juiz – esse último deve justificar a respectiva decisão se valendo de parâmetros objetivos para adjudicar o valor do dano extrapatrimonial. Está coarctado à adjudicação da norma do caso concreto. A teoria e a prática da decisão judiciária não se encaixam na submissão do Judiciário ao Legislativo e ao caráter meramente descritivo da sentença.

12 Aplicação automática que examina somente a validade formal das premissas e da inferência lógica instrumentalizada, sem uma maior preocupação em nível apofântico. Trata-se de um silogismo categórico. COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* (pensamento, raciocínio e lógica no direito). 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31.

13 A liquidação efetuada por perito é reservada a casos em que os danos patrimoniais possuem peculiaridade casuística. Nas hipóteses em que os objetos destruídos ou deteriorados são fungíveis e facilmente substituídos no mercado, a liquidação é dispensada pela precificação (vide *a fortiori* o art. 871 do CPC e a plasticidade que lhe permite a aplicação). Em realidade, em vez de arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial, seria melhor falar em “precificação” dessa indenização – na medida em que o juiz se vale das máximas de experiência para atribuir o montante a ser reparado (art. 375 do CPC).

Respeitosamente, a questão do arbitramento judiciário do dano extrapatrimonial redimensiona a base de cálculo e acarreta uma releitura da Súmula 54 do STJ. Afinal, a separação entre o texto da lei em relação à norma remete a uma supremacia funcional da jurisdição para concretizar o direito em tempos de constitucionalismo.

1.2 Os fundamentos determinantes do enunciado sumulado

A súmula de um tribunal consiste no resumo de casos decididos de maneira similar. O enunciado consolida a sinopse da jurisprudência em determinado sentido, então demonstrando um entendimento que abarca diversos casos¹⁴. Ele serve como um “modelo”, por isso tem caráter aparentemente abstrato e uma linguagem que se aproxima aos tipos positivados na legislação.

A Súmula 54 do STJ determina que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual”. Uma redação quase idêntica ao previsto no art. 398 do atual Código Civil, que estipula que “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

A questão da ilicitude¹⁵ é compromissada com a clássica noção civilista de contrariedade ao direito – seja violação do direito positivo no sentido estrito, seja violação das cláusulas do contrato (em *ultima ratio*, esse direito decorre da legislação); em qualquer hipótese o civilista trata como “ilícito”. Necessário lembrar que o art. 398 tem a redação elaborada por Miguel Reale antes mesmo da publicação da Súmula 54 do STJ nos anos de

14 SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, p. 385.

15 O direito positivo encampa a proposição jurídica de matriz kelseniana em que uma obrigação (direito subjetivo) subentende um dever (a origem mais prematura advém de Windscheid). Além de essa correlação não ser necessária – existem deveres sem obrigações correlatas –, a questão da ilicitude não é absolutamente vinculada à indenização. Com efeito, o sistema jurídico estipula normas de conduta que podem ser descumpridas e *não causarem um dano imediato* (vide normas de direito ambiental). É importante situar o contexto civilista que se reflete na tutela do direito subjetivo, diversamente do que ocorre quando o *foco da jurisdição é a entrega da tutela do direito*, o que acontece na atualidade e a partir de uma posição jurídica. Os interesses a serem satisfeitos na atualidade são muito mais variados que na milenar dicotomia.

1990. Vale dizer que os enunciados são *contemporâneos em termos da mesma antiguidade entabulada no milênio passado*. Peculiaridade evidenciada ao tratar genericamente o praticante de um ato ilícito como um “devedor”.

O direito contemporâneo sistematiza normas que dispõem *posições jurídicas* – não meros direitos subjetivos. Portanto, os *novos direitos* encerram inúmeros deveres, prestações ou encargos outrora não imagináveis quando da elaboração dos citados dispositivos. Em outras palavras, nem todo sujeito que pratica um ato contrário ao direito se trata de um “devedor” perante outro sujeito determinado. Além disso, observa-se que, no início da década de 1990, pouco se admitia o “dano moral”, ou a dogmática determinava uma comprovação “defensivista” do dano moral. Hoje, ninguém discorda de que o dano *extrapatrimonial consiste em um gênero* do qual são espécies o dano existencial, o dano estético, o dano biológico, a perda da capacidade produtiva, o dano aos direitos da personalidade, enfim, o dano moral puro¹⁶.

Com efeito, pensar apenas na literal dicotomia entre dano contratual ou extracontratual como diferentes bases de cálculo para a incidência dos juros é reducionismo do próprio *princípio da integralidade da reparação* a um perfil conceitual. Embora os arts. 397 e 398 do Código Civil ratifiquem a Súmula 54 do STJ, parece nítido que a diferenciação da base de cálculo que realmente importa para a melhor identificação do termo inicial dos juros está condicionada pela *estrutura e pela funcionalidade da reparação* – reparação como norma do caso concreto perfectibilizada pela jurisdição.

A função de reparar o dano material é recolocar o estado de coisas como eles estavam antes da agressão ao direito – por isso existe uma liquidação ou precificação imediata entre a violência e a reconstrução patrimonial em caso da indenização material. De outro lado, o dano extrapatrimonial não permite uma simples reposição do estado das coisas ao patamar anterior – tendo em

16 Quando se fala em posição jurídica, descobre-se a questão dicotômica do credor-devedor. A posição jurídica viabiliza uma série de interesses dignos de proteção, daí se falar em tutela “híbrida” da personalidade – uma leitura ampliada do art. 12 do CC e dos dispositivos da Constituição.

vista que esse estado é particular ou de imprecisa definição absoluta (a tutela é híbrida). Em segundo lugar, porque a indenização por dano extrapatrimonial tem *função reparatória e também pedagógica*, sendo que a fixação dessa espécie de indenização é pautada por critérios jurídicos extraídos do sistema (dogmática) e do caso concreto, mas analisados por intermédio de um método bifásico elaborado pelo próprio magistrado.

A tese jurídica da Súmula 54 do STJ repercute a dicotomia entre atos contrários ao direito: quando já existe um termo determinado (art. 397 do CC, vencimento *ex re*) para a incidência dos juros ou quando esse termo inicial dos juros é inexistente (vencimento *ad personae*). A legislação constitui o sujeito em mora *ex re* (art. 398 do CC) pela prática do ilícito, quando da prática de um ato contrário ao direito extracontratual. A separação é conceitual e funcionalmente válida para separar a dicotomia do contrato ou ilícito absoluto – mas a diferença não tem sustentabilidade para conferir uma plena satisfação do dano extrapatrimonial.

A nova feição da separação dos poderes desde o constitucionalismo reflete a primazia da jurisdição sobre o ato de legislar. Em decorrência, o arbitramento do dano extrapatrimonial é metodologicamente diferente do dano material – fenômeno que enseja a releitura do termo inicial da incidência dos juros para a indexação da indenização por dano extrapatrimonial.

2 A PERSPECTIVA FUNCIONAL DA JURISDIÇÃO

A separação absoluta dos poderes no Estado Legislativo reservou uma atividade *subalterna* da jurisdição em relação ao Legislativo. Esse modelo de Estado¹⁷ no qual a função judiciária era

¹⁷ No Estado Legislativo, a lei oriunda do parlamento era a fonte do direito que conferia segurança jurídica e derrotava todas as possíveis lacunas dogmáticas. Essa concepção a respeito do próprio direito transformava o Judiciário em órgão interlocutor, que, por uma interpretação cognitivista – que meramente declarava a vontade da legislação – reduzia a função do juiz a um exegeta descobridor da literalidade da legislação para o caso concreto. Somente uma visão crítica da função jurisdicional permite *dinamizar* os demais institutos do processo e, finalmente, conferir uma capacidade de atualização da jurisdição conforme as implicações do Estado Constitucional. Ora, a elevação do contraditório a um caráter material, a exaltação da fundamentação com o dever de *accountability* e a importância da transição da jurisprudência aos precedentes das Cortes demonstram que a jurisdição alavanca um papel de relevo por sobre a própria atividade legislativa. A segurança jurídica já não depende da univocidade do texto da lei, mas do sentido e unidade do direito conferidos pela consistência das decisões exaradas pelas Cortes – instituições comprometidas com a jurisdição em uma matriz constitucionalista. FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição

somente para declarar a vontade da legislação por intermédio de um raciocínio cognitivo e silogístico, perdurou pelo século XIX e foi confirmada no processo civil pela Escola Processualista, influenciando a dogmática da Alemanha e da Itália. A teoria declaratória da jurisdição explicita um cenário que respalda a visão do processo por intermédio da lente civilista, fazendo com que institutos e até práticas sejam remetidos a uma sistematização estática porque focada em normas atributivas de direitos-deveres nesse duplo binário avalorado, fechado e abstrato.

O constitucionalismo, desde meados do século XX, confere nova motricidade às funções estatais¹⁸ – elas passam a atuar *harmonicamente*, implicando primazia aos direitos fundamentais e alvitando a preservação da dignidade da pessoa humana. Isso resultou em um novo aparato de fontes jurídicas e em uma técnica legislativa repleta de cláusulas gerais e conceitos indeterminados que retratam a plasticidade dos dispositivos constitucionais. Em realidade, a tríplice modificação em termos das fontes (teoria das normas, técnica legislativa e interpretação jurídica) funcionalizou a jurisdição¹⁹, que não meramente descreve ou explica exegeticamente textos da lei, *mas concretiza a norma do caso para entregar a tutela do direito* para as pessoas em uma perspectiva em que o texto da lei difere da norma – a dinamicidade está na valoração, no caráter aberto e na maneira casuística da operação jurídica da interpretação que concretizava a norma do caso concreto.

incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 290.

18 A doutrina assinala que o “French style” consiste em um modelo histórico que não resiste à mudança implicada pela verdadeira revolução contemporânea dos direitos humanos e da legitimação de meios e instituições que os concretize. Mauro Cappelletti enfatiza que não existe um futuro para a humanidade que não recobre a filosofia da tolerância e do mútuo respeito, que serve aos indivíduos enquanto fins em si mesmos e serve também para propulsionar as instituições – no sentido de elas providenciarem instrumento de salvaguarda das pessoas. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, ano 2001, p. 285.

19 “O legislador deve resignar-se a considerar as próprias leis como ‘partes’ do direito, não como ‘todo’ o direito. Em outros termos, o ‘universo jurídico’ acaba por concretizar-se na atividade argumentativa da classe dos juristas, em uma contínua integração de sujeitos que compartilham preparação e mentalidade similares”. PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia com tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23.

A propedêutica que adjudica o dever de responder civilmente pela prática de danos a outrem, bem assim com o arbitramento do dano extrapatrimonial – enquanto *base de cálculo dos juros* – não é um exame situacional, pois a instituição assume uma nota de *proteção da posição jurídica*, que pode ser efetuada por diversos meios²⁰ que alvitram as necessidades do direito material e da realidade social em julgamento. Quer dizer que o Judiciário consubstancia valorativamente a contrariedade ao direito e estipula o valor do dano extrapatrimonial com uma preocupação compensatória e outra razão pedagógica dos danos extrapatrimoniais. Fatores que subjazem a importância de levar em conta a data da prolação da decisão para fins de indexação.

A matriz adjudicatória da jurisdição autorrestringe o termo inicial dos juros moratórios a um patamar diferente do previsto na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e nos arts. 397 e 398 do Código Civil – afinal, a instituição desempenha uma função outrora não admitida.

2.1 A metodologia multifuncional para o arbitramento do dano extrapatrimonial

A aplicação do direito subentende a interpretação do texto da legislação²¹, tanto que a doutrina de Eros Roberto Grau assinala que “interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”²². O Estado

20 Em termos de responsabilidade civil contemporânea, possível dizer que a tutela do direito não apenas se movimenta a partir do elemento central “dano”. As posições jurídicas reclamam técnicas de direito material adequadas à especificidade da proteção, seja contra o dano, seja contra o ilícito. Por exemplo, a multa, a prisão, a compensação em dinheiro, o fechamento da fábrica e assim por diante. No direito processual, esse cenário maleável de *técnicas materiais* se expressa pela efetividade, adequação e tempestividade da tutela jurisdicional, cujo corolário é a previsão de “técnicas processuais” que melhor efetuem a atendibilidade do direito material. Dentro das possibilidades que o efeito do tempo e da reposição das coisas ao estado anterior viabiliza, o processo experimenta uma sucessão de meios-técnicas para o achado da tutela do direito.

21 “Recognizing that not all rights are rights against rules should motivate deeper inquiry into the purposes that rights serve and, again, should promote acknowledgement of plurality”, os direitos devem ser levados a sério (Dworkin) e, também, os fatos devem ser levados a sério. Ver FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, April 2000, v. 113, number 6, p. 1366.

22 GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).

Constitucional harmoniza a supremacia da jurisdição como a função que confere segurança jurídica ao tráfego através da consistência dos julgados que atribuem sentido e unidade ao direito. A nova teoria das normas, bem assim a atualização das técnicas legislativas desenvolve uma nova maneira de interpretar – com um caráter lógico-argumentativo²³ que encerra uma justificação interna (sem contradições entre as premissas e tendente à completude na resposta do problema) e com a justificação externa que abarca as razões sensíveis para a ratificação justificacional. Do ponto de vista do resultado, a interpretação deve ser coerente e tendente ao universal.

Uma resposta que não seria tão complexa na maneira de recompor um prejuízo patrimonial. Com efeito, quando existe um dano material, a coisa afetada já possuía um preço estimado – por exemplo, se um *carro da marca Alfa do ano de 2015* é completamente destruído, existe uma tabela FIPE que lhe atribui uma precificação aproximada. Se não houve destruição total, uma avaliação por técnico (dispensável que seja perito) pode aferir os gastos para a recomposição. Quer dizer que os danos materiais possuem um limitador dentro da própria classe de coisas que estimam a fungibilidade desses bens. A liquidação judicial (por arbitramento ou por artigos), a estimativa por analogia (art. 871 do CPC) ou uma *prova técnica simplificada* soluciona a depreciação (art. 464, §2º, do CPC).

A *quantificação do prejuízo material* foi abarcada pela *holding* dos julgados que convergiram na Súmula 54 do STJ. A tese judiciária incluiu o termo inicial dos juros se o caso decorresse de ilícito contratual ou de ilícito extracontratual, assim como está escrito nos arts. 397 e 398 do Código Civil.

8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 33.

23 A doutrina refere que os tribunais do direito comum cumprem uma dupla tarefa. A primeira se volta ao passado, resolvendo a disputa entre as partes. Por outro lado, também desempenham a função de enriquecer o ordenamento jurídico em um sentido prospectivo, firmando precedentes que asseguram a consistência à segurança jurídica. O atual Código de Processo Civil acompanha essa tradição no sentido de empregar força ao triplice supedâneo da reengenharia da segurança jurídica: contraditório material, fundamentação sustentável e precedente vinculante. Ver PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law brasileira* (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

Nada foi destacado quanto à indexação do dano extrapatrimonial – em termos de *ratio decidendi* no sentido de unificar o direito.

Respeitosamente, essa visão é descritiva em termos de jurisdição. A análise que meramente recompõe preços defasados ou mesmo verifica se houve significativa destruição do objeto é mais explicativa ou cognitiva que *reconstrutiva do direito*. A margem da discussão monetária está delimitada e pressuposta por experiências cotidianas que obviamente poderiam assumir complexidade frente a objetos de rara significação (os “novos direitos” – que não estavam na pauta dos anos 1990 e hoje respaldam uma tutela atualmente assinalada como *híbrida*).

O problema é referente ao dano extrapatrimonial – porque ele não possui um preço de prateleira, ele não possui uma taxatividade de precificação²⁴. Vale dizer que não existe preço para a perda de um ente querido, para a perda de um braço ou de uma perna, para um dano estético no rosto de uma modelo ou de um pedreiro, para um dano biológico que comprometeu o crescimento de uma criança em seus primeiros anos de vida.

Enfim, o dano extrapatrimonial depende das circunstâncias tendencialmente objetivas do caso para ser adjudicado e arbitrado. Esse cálculo é multifuncional porque o interesse²⁵ pressuposto não resiste a uma simples recomposição do patrimônio afetado. É muito difícil calcular o exato valor do dano que malferiu uma prerrogativa da personalidade. Daí que ocorre uma duplicação de funções²⁶: uma função compensatória, que algo procura ressarcir à vítima, levando em conta uma estimativa do prejuízo causado e uma função pedagógico-dissuasória, que impulsiona

24 No final do ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul disponibilizou uma interessante ferramenta que elenca uma “média” das indenizações referentes ao dano moral. Trata-se de uma tabela não vinculante que amalha alguns indicativos jurisprudenciais, até pelo fato de que o Enunciado 550 das Jornadas CJP estipula que: “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”. O importante é consignar que a jurisdição concretiza o montante do dano conforme a dogmática e as circunstâncias do caso – dentre elas, a perspectiva do tempo, confirmando a tese ora defendida e que afeta o termo inicial dos juros moratórios.

25 Interesse como categoria metaprocessual, como um conjunto de meios que ligam a posição jurídica à tutela do direito.

26 MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* (responsabilidade civil). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 380/5.

um dever de maior cuidado nas ações do sujeito que praticou o evento lesivo, e de resto também servindo de exemplaridade para a comunidade (pretensão de universalidade).

A dupla funcionalidade remete a uma metodologia bifásica para o cálculo da indenização. A doutrina²⁷ refere que o art. 946 do Código Civil estabelece que o valor das perdas e danos deve ser apurado na forma da lei processual. Contudo esse arbitramento é diferente daquele “arbitramento” decorrente da liquidação processual (que o perito nomeado pelo juízo elabora). Também se denomina *arbitramento* a apuração dos danos extrapatrimoniais, mas ele é decorrente de um capítulo efetuado na sentença e que avalia as funções da indenização e se vale de critérios (dogmáticos e casuístas) para, em um cálculo bifásico, chegar a um patamar que tende a recolocar as partes ao estado anterior da causação do prejuízo (melhor seria falar em “precificação”, *a fortiori* do art. 871 do CPC).

O próprio ordenamento jurídico oportuniza a utilização de alguns critérios para o arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial. Embora não tenha sido recepcionada pela Constituição, a Lei 5.250/67 entabula que no arbitramento desses danos deve ser considerada a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido. Aqui, também vale considerar a posição social e econômica do ofensor e a peculiaridade de o dano ser repetido para outros sujeitos. A intensidade do dolo ou o grau de culpa do sujeito também são objetos para serem aferidos juntamente com o comportamento da vítima e do ofensor no decorrer do fenômeno. Para além desses critérios que a Lei de Imprensa já estipulava, a questão da hipossuficiência (art. 39, IV, CDC) também é nota a ser considerada, assim como outros aspectos que se encontram na legislação – como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e as agravantes e atenuantes genéricas no cálculo da pena criminal. O importante é que o juiz, na prática, sistematize uma série de aspectos que o ambiente jurí-

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 387.

dico considera relevantes, inclusive fazendo inserir o *fator tempo entre a data da ofensa e a data da sentença* no valor da indenização – o fator tempo interessa ao processo e ao direito material.

Um trecho da fundamentação do REsp 1.152.541 (Terceira Turma, DJ 13/09/11), relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, explica o método bifásico no arbitramento do dano extrapatrimonial:

O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). 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. 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.

No primeiro momento, o julgador deve observar o contexto jurídico – como ensina a experiência do círculo hermenêutico que garante a razoabilidade para a manutenção da igualdade perante o direito²⁸. Identificados os fatores de convergência jurídica, no segundo momento são assinaladas as circunstâncias do caso concreto que de maneira objetiva tendem a uma universal-

28 Na *civil law*, os juízes dão uma maior importância aos enunciados legislativos; na *common law*, os juízes dão maior importância ao caso em julgamento e suas circunstâncias. A principal disparidade entre *civil law* e *common law*, portanto, é referente ao método utilizado para a solução de determinado caso – a ordem das premissas influencia, em termos de tradição jurídica, a classificação da conclusão. SHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico* (una nuova introduzione). Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ristampa. Roma: Carocci Editore, 2018, p. 106-110.

zação do valor pautado. Esse precedente converge à *ratio decidendi* do REsp 710.879 (Terceira Turma, DJ 01/06/2006), relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que estipulou o método bifásico nessas equivalentes premissas: no primeiro momento, analisando o contexto de julgamentos análogos e, no momento derradeiro, valorando as circunstâncias do caso concreto.

Em outras palavras – o primeiro momento traduz a dogmática (legislação e julgamentos-líderes) e o segundo momento avalia as circunstâncias do caso concreto. O arbitramento do dano extrapatrimonial deve ser razoável à conjugação dessas premissas. Além do valor monetário que é arbitrado, o julgador ainda deve ter em vista o *tempo que levou entre o evento danoso e o julgamento*. Certamente, o transcurso do tempo é fator internalizado na decisão como uma “circunstância objetiva” do caso, que pode ensejar até a dificuldade do acesso à justiça. Ora, não se pode demarcar um valor fazendo crer que os juros desde a data do evento resolvem a situação – o problema é melhormente resolvido com o arbitramento transparente do montante indenizável (ainda mais tendo em vista a hipercomplexidade da Sociedade 4.0 e a matriz dinâmica da adjudicação judicial, que varia na imanência dos padrões culturais de momentos cada vez mais fugazes).

A fortiori, quando o juiz efetua o raciocínio pelo método bifásico, ele deve levar em conta que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. O citado art. 493 do CPC expressamente determina tal consideração – o dispositivo ratifica que o *tempo* é fato que atinge diretamente a existência, a permanência e o próprio arbitramento do dano extrapatrimonial, com importância decisória que toca o direito material e o processo.

Considerando que os precedentes relacionados resumem uma primeira fase dogmática, porque amalha semelhanças entre julgados ou aspectos legais pervasivos no sistema jurídico, e tendo em vista que na segunda fase as peculiaridades do caso

concreto ajustam o montante a ser indenizado, é possível concluir que a decisão interpreta e aplica a norma, daí arbitrando o valor da reparação por dano extrapatrimonial.

É nesses termos que a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça merece uma respeitosa análise quanto à indexação, *levando em conta a própria mudança da literalidade do Código de Processo Civil* explicitada abaixo.

2.2 *Narrowing*: o termo inicial dos juros sumulados e ratificados por precedentes exaspera a autorrestricção em relação ao arbitramento judicial do montante para reparar o dano extrapatrimonial. Para uma base de cálculo diferente, o termo inicial dos juros é diferente

Identificada a *holding* dos precedentes que culminaram na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e assentado que a jurisdição constitucionalizada desempenha uma função concretizadora da norma através dos novos precedentes que ratificaram a novel súmula, evidente que a decisão constitui e arbitra o montante da indenização por prejuízo extrapatrimonial. Assim, o art. 85, §16, do Código de Processo Civil resume e ratifica a solução proposta: “quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão”.

Os precedentes anteriores à Súmula 54 do STJ permitem separar os institutos que se tornaram verdadeiros dogmas: a responsabilidade por dano contratual e a responsabilidade por dano aquiliano, bem assim a incidência de juros compostos apenas ao sujeito que praticou o fato “delitivo” que ocasionou o dano. No REsp 9.753-SP (DJ 09-12-1991), em *obiter dictum*, falou-se em dano extrapatrimonial sem aprofundar a concretização desse ressarcimento em termos de teoria da decisão judicial.

Os precedentes relatados pela Ministra Nancy Andrighi e pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino não modificaram o termo inicial dos juros, conforme anotado nos acórdãos-líderes referidos.

A delimitação da questão firmada na tese do precedente permite *distinguir os casos futuros que ocorrerem e que não se enquadraram no arranjo do acórdão*. “O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação”²⁹. Quando se mexe na base de cálculo do valor indenizável, porque tal indenização é decorrente de arbitramento do juiz, diversas circunstâncias são abarcadas na conta, em especial, *circunstâncias outrora não previstas* nos precedentes clássicos. Com efeito, mudando a base de cálculo, também é caso de mudar o termo inicial dos juros moratórios, porque o acessório segue o principal.

A não aplicação do precedente pela distinção restritiva caracteriza o fenômeno do *narrowing*³⁰. Trata-se de uma técnica que implica uma interpretação mais limitada, que restringe a aplicação do precedente. Em um mesmo movimento, a distinção pelo *narrowing* mantém o precedente-base no ordenamento ao lhe conferir uma aplicação diferenciada quanto à figura que excepciona em relação ao precedente. Por exemplo, quando se examina que a Súmula 54 do STJ e os precedentes que lhe ratificaram a continuidade vinculante forte não distinguem a maneira de calcular o dano extrapatrimonial, com uma metodologia e resultados diversos da apuração da indenização por dano material, verifica-se a hipótese de *estreitamento do precedente em relação à indexação do dano extrapatrimonial*. Consequentemente, os juros sobre o valor do dano extrapatrimonial concretizado fluem desde o trânsito em julgado. Isso é decorrência do *narrowing*, que “espreme” a razão de ser do precedente, com vistas à manutenção da própria finalidade desses enunciados que ficam no entorno da Súmula 54 do STJ.

Marinoni ressalta que “embora o precedente possa ter o seu conteúdo restrito ou ampliado, é preciso ver que a aplicação

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1009.

30 M. RE., Richard. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, p. 1868. In: <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>, acesso: 05-01-21.

do precedente deve ser compatível com a sua finalidade. Não há como admitir a adoção de um precedente quando é incompatível com a sua finalidade ou com as razões que justificaram a sua instituição. Todavia tal incompatibilidade também pode se dar diante de razões que estão à base de uma situação nova, não tratada no precedente, que impõem a limitação do alcance do precedente e, assim, em termos concretos, a sua não aplicação ao caso sob julgamento”³¹. Exatamente o que acontece quando a jurisdição do Estado Constitucional concretiza a norma do caso e arbitra o dano indenizável – daí considerando esse “termo para frente” como marco da indexação: a atualização monetária começa a contar desde a data da decisão, em especial, os juros moratórios fluem a partir do trânsito em julgado.

O arbitramento do dano extrapatrimonial indenizável consiste em uma faceta de ativismo judicial. Coetâneo a tal implicação está a autorrestricção dessa indenização para não extrapolar as funções compensatória e dissuasória dessa reconstrução³². Na medida em que o julgador avalia critérios que firmam patamares para o achado do montante a ser reparado, também é intuitivo que a decisão considera um valor calculado na data em que elaborado o raciocínio. Em outras palavras, o magistrado não retorna à data do fato para resolver a indenização como se nada tivesse acontecido – o grau de reprovação do fato lesivo³³ está

31 Marinoni, *Precedentes...*, cit., p. 231.

32 “A delimitação da *ratio decidendi* será realizada pelos julgados posteriores, atuando aquele julgado original como um parâmetro inicial do texto a ser interpretado. Ou seja, há um trabalho conjunto tanto da Corte competente para estabelecer o precedente como dos demais julgados que vão interpretar aquele texto e incorporar novos elementos à *ratio decidendi*”. Vale dizer que o precedente originário é paulatinamente firmado com a ajuda dos julgados posteriores e por vezes dissonantes. A mudança de entendimento sobre a função jurisdicional – de uma predição conceitual a uma predição concretizadora da norma do caso – acarreta efeitos para uma distinção ampliativa ou restritiva do precedente. PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (*distinguishing*) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza *et alii*. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 648. A tarefa não é fácil e depende de um verdadeiro arranjo de derivações. “A statute may have an interpretation section which provides general definitions or elucidations of the rule. However, doubts about interpretation very commonly arise with reference to some particular event or case that may allegedly have occurred or may be hypothetical. In such contexts, it is not always easy to distinguish between interpreting a rule (general) and applying it to the facts of the case (particular). TWINING, William; MIERS, David. *How to do thing with rules*. London: Cox & Wyman Ltd, 1976, p. 85.

33 Uma distinção clássica efetuada pelos penalistas é que o “grau de reprovação” da conduta não está na própria conduta, mas é fruto de uma valoração raciocinada pelo juiz. O objeto da valoração (os pressupostos da indenização) é diferente da valoração do objeto. No cálculo da pena criminal, ao asseverar que o juízo de reprovação não está na cabeça do autor do *fato criminoso*, antes, é produto de uma *valoração que está na*

na “cabeça do juiz”, logo o fator tempo está abarcado no arbitramento judiciário. Equivale dizer que a reconstrução do ordenamento tem efeito *ex nunc* para o ressarcimento do dano extrapatrimonial. Essa conclusão faz com que a base de cálculo do dano extrapatrimonial seja concretamente menor que a base de cálculo do dano material (pode ser virtualmente analisada, mas não entra concretamente na conta).

Ao mesmo tempo em que valora a existência da contrariedade ao direito, a “ilicitude” passa a existir na sentença para viabilizar o arbitramento da indenização. Afinal, o fato jurídico ilícito é um acontecimento com aptidão para produzir consequências no mundo jurídico somente após a constatação judiciária da reprovação, pois consiste na reunião do “fato sensível + incidência da norma”. Segundo Marcos Bernardes de Mello, “a norma jurídica, portanto, enquanto não se materializa no mundo o seu suporte fático, não passa de uma proposição linguística sem consequências jurídicas quaisquer. Só a cópula norma/suporte fático cria fato jurídico, e somente de fato jurídico nascem efeitos jurídicos. Por isso, qualquer doutrina que não leve em conta esses elementos, como as doutrinas normativistas que somente veem a norma, relegando a plano secundário, ou mesmo deixando de lado o fato jurídico, jamais poderão explicar convenientemente o fenômeno jurídico”³⁴.

A decisão é imprescindível na ocasião em que existe litígio sobre a constatação do ilícito e da responsabilidade pessoal. E somente a partir desse pressuposto decisório é que se passa ao arbitramento da indenização. Uma operação que encerra valoração, casuísmo e caráter aberto aos parâmetros debatidos em contraditório. O dinamismo do processo enseja a definição do ato ilícito com o escopo de funcionalizar o dever de reparar-dissuadir, sendo que a dialética que estrutura o processo atribui força consti-

cabeça do juiz, ao examinar o fato-crime, James Goldschmidt revela que o sistema jurídico predispõe normas afirmativas de valores que previnem a desestruturação ocasionada pela contrariedade ao direito. Porém, quando ocorre o dano, a adjudicação da responsabilidade e o cálculo do montante a ser reparado é objeto do conhecimento do juiz. GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, Bdef, 2007, p. 73.

34 Prefácio do ensaio *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, de Didier Jr. e de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, p. 12.

tutiva à demarcação da indenização. Segundo Fazzalari, consiste “nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto); nella rilevanza delle medesime per l’autore dell’atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l’autore dell’atto debba tener conto dei risultati”³⁵.

O contraditório legitima e confere sustentabilidade aos fundamentos da decisão judiciária. O arbitramento do dano extrapatrimonial é capítulo da sentença e decorre do grau de reprovação que o magistrado justifica, ao aferir o contexto de responsabilização³⁶ que ensejou o prejuízo. Em decorrência, quando o art. 292, V, do Código de Processo Civil, determina que “na ação indenizatória, inclusive fundada em dano moral, o valor pretendido” deverá ser individualizado na petição inicial – esse dispositivo ratifica todas as premissas entabuladas. Afinal, o contraditório não consiste em um instrumento de luta entre as partes, mas uma metodologia e um instrumento de operação do juiz³⁷, que deve levar em conta a dialética processual para *concretizar a norma do caso e entregar a tutela do direito*.

Se a própria parte autora deve postular um valor que reputa “justo” para indenizar o dano extrapatrimonial (art. 292, V, CPC), quer dizer que na medida em que a jurisdição trabalha para concretizar a solução do caso em demanda é reduzida a aplicação do precedente em relação à total abertura do dano material. Afinal, a função de concretizar a norma do caso para adjudicar a responsabilização e arbitrar o montante a ser repara-

35 FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

36 Por “contexto de responsabilização” se remete aos pressupostos da responsabilidade civil, em especial, levando em conta a conduta, o elemento subjetivo (dolo) ou normativo (culpa), bem como o nexo causal.

37 PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Ensaio dedicado à memória de Angelo Bonsignori, com tradução de Luís Alberto Reichelt. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

do deixa claro que o sistema jurídico analisa o montante da indenização por intermédio de um “juízo elaborado pelo magistrado no momento da sentença”. A partir dessa data é que incidem os indexadores: atualização monetária desde a sentença, e os juros moratórios desde o trânsito em julgado (conforme o também citado art. 85, §16, do CPC).

CONCLUSÃO

A Súmula 54 do STJ estabelece que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extrapatrimonial”. Um enunciado que se sistematiza na inteligência conjunta dos arts. 397 e 398 do Código Civil (todos esses enunciados foram elaborados no milênio passado).

Ocorre que, na hipótese da responsabilidade por dano extrapatrimonial, a *concretização da norma jurídica pela jurisdição* possui o efeito de estipular a contrariedade ao direito e, ao mesmo tempo, arbitrar a indenização referente ao prejuízo – na prática, a jurisdição “constitui” o prejuízo. Essa espécie de dano permite um espaço de valoração mais aberto ao julgador, sendo que o *factor tempo também está inserido na delimitação da conta (diálogo das fontes entre art. 944 do Código Civil e art. 493 do Código de Processo Civil)*.

Se a base de cálculo do dano extrapatrimonial é diferenciada em relação às peculiaridades da base de cálculo do dano patrimonial, os fatores de indexação também merecem uma reflexão particularizada. Considerando o efeito *constitutivo* da decisão³⁸ que arbitra a recomposição dos danos extrapatrimoniais, portanto, a atualização monetária desse montante começa a valer desde a data da sentença (ou do acórdão, observado o efeito substitutivo do art. 1.008 do CPC) e, em especial, o termo inicial dos juros moratórios é contado a partir do trânsito em julgado.

A releitura estreita (*narrowed*) dos precedentes decorrentes da Súmula 54 do STJ distingue a aplicação do enunciado para outros casos, mantém o enunciado válido, mas não para ser apli-

38 Aqui não se trata de classificações de ações ou sentenças, mas do efeito prático que a decisão implica por intermédio da concretização da norma do caso.

cado em termos de indexação do dano extrapatrimonial, cujos juros devem fluir a partir do trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, ano 2001.

CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica de interpretação jurídica* (breviário para juristas). Trad. Daniel Mitidiero *et ali*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* (pensamento, raciocínio e lógica no direito). 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, April 2000, v. 113, number 6.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faire – Editor, Bdef, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), julho-dezembro 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. Prefácio do livro *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. In: DIDIER JR., Fredie Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* (responsabilidade civil). São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (distinguishing) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza *et ali*. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PICARDI, Nicola. *Audiatur et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Ensaio dedicado à memória de Angelo Bonsignori com tradução de Luís Alberto Reichelt. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia, com tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PUGLIESE, William. Precedentes e a Civil Law brasileira (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

M. RE., Richard. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, p. 1868. In: <https://columbia-lawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>, acesso: 05-01-21.

SHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico* (una nuova introduzione). Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ristampa. Roma: Carocci Editore, 2018.

SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense.

TWINING, William; MIERS, David. *How to do thing with rules*. London: Cox & Wyman Ltd, 1976.

ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.