



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dano Moral Punitivo: Análise da teoria à prática judicial

André Guedes de Melo

Rio de Janeiro  
2014

ANDRÉ GUEDES DE MELO

**Dano Moral Punitivo: Análise da teoria à prática judicial**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2014

## DANO MORAL PUNITIVO: ANÁLISE DA TEORIA À PRÁTICA JUDICIAL

André Guedes de Melo

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Advogado. Pós-graduando em Direito *Lato Sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O trabalho abordará de maneira detalhada o dano moral punitivo na perspectiva teórica e prática. Com isso, busca-se demonstrar o real objetivo do instituto, bem como a forma judicial de se lidar com o dano moral. Questiona-se a aplicação do dano moral punitivo em sua plenitude. Propõe-se uma reflexão sobre o tratamento dado ao dano moral no Brasil.

**Palavras-chave:** Dano moral punitivo. Doutrina do *punitive damages*. Atuação do Poder Judiciário. Influência social. Crítica ao sistema brasileiro de compensação por danos morais.

**Sumário:** Introdução. 1. Evolução do Dano Moral. 2. Princípios. 2.1 Prevenção. 2.2 Reparação Integral. 3. Tratamento Brasileiro ao Dano Moral. 4. Prática Judicial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho propõe uma reflexão sobre o dano moral punitivo no Brasil. Com o auxílio da doutrina e da jurisprudência, almeja-se demonstrar se o ordenamento jurídico pátrio aplica o instituto em sua plenitude. Por fim, ressalte-se que o foco está no dano moral punitivo como elemento de efetividade da prestação jurisdicional.

Com inspiração na “Teoria do Desestímulo” - originária da *Common Law* -, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) trouxe a previsão da efetiva prevenção e reparação

de danos na relação de consumo (Art. 6º, VI). Esse dispositivo veio com o intuito de estimular o mercado de consumo a fornecer produtos e serviços com uma melhor qualidade.

Nos países da *Common Law*, entende-se que a punição das práticas lesivas aos consumidores é a maneira adequada e necessária para desestimular a reiteração das condutas reprováveis no mercado de consumo. No Brasil, a doutrina majoritária afirma que o dano moral tem o objetivo de compensar o lesionado e de punir o responsável pela lesão.

A jurisprudência brasileira ainda é muito tímida na aplicação plena do dano moral punitivo. Os Tribunais alegam que a simples compensação do ofendido gera o desestímulo à reiteração da conduta lesiva. Ato contínuo, também é muito comum a alegação de que não se pode fixar um quantum compensatório alto por conta da vedação ao enriquecimento sem causa.

Se a mera compensação do ofendido causa um desestímulo ao ofensor, como explicar a predominância das pessoas jurídicas de direito privado como réus nas demandas das Varas Cíveis e dos Juizados Especiais?

Nesses casos, verifica-se que as sentenças condenatórias não têm atingido a finalidade de pacificação social proporcionada pelo Poder Judiciário. Além disso, percebe-se que o problema que gerou a demanda volta a se repetir vez após vez e com as mesmas partes.

Como as lesões voltam a ser praticadas pelas mesmas pessoas, gera-se uma insegurança na sociedade. Essa insegurança faz com que o Poder Judiciário perca credibilidade, bem como proporciona uma sensação de crise de efetividade judicial.

Com o grande índice de reclamações sem qualquer intuito de solução, parece que a condenação à compensação compensa o demandado. Deve ser indagado se o condenado está sentindo a punição gerada por seu ato lesivo.

O atual modelo prático tem reduzido a função punitiva do dano moral, gerando reflexamente violação a preceitos constitucionais e a princípios estabelecidos no âmbito privado.

## 1. EVOLUÇÃO DO DANO MORAL

Apesar de existirem alguns traços do dano moral na antiguidade, deve ser destacado que somente no século XX a tese de sua reparabilidade ganhou força e regulamentação no ordenamento jurídico. Portanto, o que antigamente não era tão pacífico, passou a ser a regra na maioria das legislações contemporâneas.

Na Antiguidade existem alguns preceitos normativos que amparam a afirmação da existência do dano moral. Deve ser ressaltado que na antiguidade não se discutia o título do dano, ou seja, não existiam estudos ou preocupações sobre a natureza do dano.

Reforçando o narrado anteriormente, o autor Wilson Melo da Silva<sup>1</sup> diz:

Não obstante, compulsando-se o repositório das leis dos antigos Hindus e dos Babilônios, constata-se ser ampla a reparação ali estatuída para todos os danos resultantes dos descumprimentos dos ajustes, não podendo, no entanto, só por isso pretender que o Código de Manu e o de Hammurabi tenham tido a manifesta intenção de se referirem, nessa parte, de modo positivo e expresso, ao dano moral.

Na Antiguidade, pode-se verificar algo semelhante ao dano moral nos Códigos de Ur-Nammu, de Manu e de Hammurabi. O que esses ordenamentos possuem em comum é que o dano se originava de uma agressão física sofrida.

Analisando os Códigos de Ur-Nammu, de Manu e de Hammurabi, Américo Luis Martins da Silva<sup>2</sup> afirma que:

---

<sup>1</sup> SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 21.

Nessas épocas, o dano era decorrente única e exclusivamente da agressão física. O ordenamento autorizava a vítima a comportar-se à semelhança de um espelho: refletindo de forma idêntica ao ato contra ele perpetrado. A tradição impulsionava a aplicação do “olho por olho, dente por dente”.

No estudo de alguns preceitos do Código de Ur-Nammu, é fácil constatar que houve uma evolução com relação ao pensamento tradicional. Esse Código determinava a possibilidade de sanção pecuniária para compensar um dano.

Sobre as Leis de Manu, Clayton Reis<sup>3</sup> diz o seguinte:

suprimiu-se a violência física, que estimulava nova reprimenda igualmente física, gerando daí um ciclo vicioso, por um valor pecuniário. Ora, a alusão jocosa, mas que retrata uma realidade na história do homem, onde o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, produz o efeito de obstar eficazmente o *animus* do delinquente.

Como é sabido, o Código de Hammurabi tem como característica principal a imposição de penas físicas. Contudo, autores como Wilson Melo da Silva<sup>4</sup> identificam a existência da indenização como forma de exceção à vingança privada.

O período do Império Romano é sem dúvida o mais importante quanto ao tema no momento clássico da história. O Direito Romano trazia previsões mais claras do que os ordenamentos mais antigos. Visualiza-se o dano moral no período romano com a aplicação da injúria. A injúria servia para relacionar aquilo que não estava sob a proteção do Direito.

Falando sobre a injúria no período de Roma, Salomão Resedá<sup>5</sup> diz:

Quando observado em seu sentido estrito, ela significava todo ato voluntário que possuísse a característica de ser ofensivo à honra e à boa reputação do indivíduo. Nesse caso, poderia ser classificada de acordo com a sua gravidade, dividindo-se em *injuria atrox*, quando eivada de austeridade, e *injuria levis*, quando desprovida de maior complexidade, pouco importando se fosse verbal ou real.

<sup>2</sup> SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

<sup>3</sup> REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.12.

<sup>4</sup> SILVA, op. cit., p. 24.

<sup>5</sup> RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito editorial, 2009, p. 78.

Ressalte-se que os romanos não analisavam a natureza jurídica do dano, preocupando-se apenas com o seu surgimento e compensação. Reforçando a afirmação anterior, Pamplona e Gagliano<sup>6</sup> dizem que os romanos “ [...] não questionavam a que título o dano era intentado, mas somente se este efetivamente ocorreu, o que geraria automaticamente a obrigatoriedade de reparar”.

No período moderno, o destaque é o Código Civil francês ou Código Napoleônico. Em um mundo predominantemente capitalista, esse código veio a influenciar vários países em razão da predominância do individualismo e a supervalorização do patrimônio.

O disposto no Art. 1382<sup>7</sup> do Código Napoleônico fez surgir um imbróglio na doutrina. Sobre o tema, Salomão Resedá<sup>8</sup> faz a seguinte observação:

O grande problema surgido após o Codex francês, no que se refere à previsão sobre o dano, encontrava-se em seu Art. 1382, que fomentava na doutrina embates homéricos acerca da extensão hermenêutica do termo *dommage* ali existente. Seria ele uma referência apenas ao patrimônio, ou também agregava o núcleo não auferível monetariamente?

Com o tempo a interpretação do dispositivo foi levando em conta o ser humano em detrimento do patrimônio, ou seja, ampliou-se a interpretação valorizando a pessoa humana. Salomão Resedá<sup>9</sup> faz as seguintes considerações.

Ao longo do tempo, os franceses travaram discussões em torno do estabelecimento do limite aceitável para a questão, chegando-se à conclusão de que o exegeta deveria fazer uma interpretação mais ampla do significado desse termo para abarcar, também, os casos de lesões outras à pessoa que não fossem aquelas relacionadas ao aspecto patrimonial. Sendo assim, a palavra dano passou a ser relacionada a todas as lesões sofridas, seja de que caráter for.

Quanto ao dano moral no *Codex* francês, Wilson Melo da Silva<sup>10</sup> diz o seguinte:

---

<sup>6</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.

<sup>7</sup> Art. 1382. Tudo o que alguém praticar com qualquer outro homem, causando-lhe danos, está obrigado com ele a vir a reparar a falta causada.

<sup>8</sup> RESEDÁ, op. cit., p. 81.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 81.

Apesar de não ter sido expressa a possibilidade de ressarcimento do dano moral, a simples inexistência de balizas limitadoras faz presumir a intenção dos franceses em abrir a sistemática de responsabilização a qualquer agressão sofrida pelo sujeito passivo, mesmo naquela época em que a predominância, quase que ilimitada, era do pensamento patrimonialista, não havendo preocupação maior com a pessoa.

Apesar da discussão sobre os indícios da presença do dano moral no Brasil, esse só veio a adotar efetivamente o dano moral com a promulgação da atual Constituição Federal. A Carta Magna trouxe a mais ampla reparação do dano moral, uma vez que elevou tal assunto ao nível de direito fundamental no Título II da CRFB/1988.

Por fim, deve ser destacado o novo Código Civil brasileiro, em especial seus artigos 186<sup>11</sup> e 927<sup>12</sup>. Dando eficácia e efetividade ao novo ordenamento constitucional, a legislação civil trouxe de maneira expressa o instituto do dano moral e a possibilidade de reparação desse dano.

## **2. PRINCÍPIOS**

O estudo dos princípios é fundamental para a verdadeira compreensão de um determinado instituto ou sistema. O conhecimento dos princípios permitirá a obtenção de informações cruciais para interpretar o ordenamento jurídico e suas diretrizes. Em síntese, o conhecimento dos princípios serve para desvendar todos os caracteres de um dado instituto.

Antes de analisar a conceituação pura dos princípios, é fundamental compreender o embate realizado por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ambos analisam os princípios no âmbito filosófico, tentando traçar as diferenciações com as regras.

---

<sup>10</sup> SILVA, op. cit., 108-109.

<sup>11</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>12</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Na análise dos textos de Dworkin, verifica-se que o autor enxergou certa semelhança entre os princípios e as regras<sup>13</sup>. Dworkin diz que os dois firmam obrigações jurídicas. Todavia, para ele a diferenciação estaria na diretiva que cada um apresenta.

Discorrendo sobre as regras, Dworkin<sup>14</sup> assevera o seguinte:

Se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão.

Para Ronald Dworkin, a existência de conflitos de regras pode ser solucionada pelos métodos clássicos de solução de antinomias, tais como o hierárquico, da especialidade e cronológico<sup>15</sup>.

Quanto aos princípios, Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>16</sup> fala o seguinte:

Ensina Dworkin que os princípios, de seu lado, não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve. Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio – ou qual o seu peso – numa dada situação. Não se resolvem os conflitos entre princípios tomando um como exceção ao outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam. Os princípios, como delineados por Dworkin, captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios do discurso jurídico.

O ponto de vista de Robert Alexy é um pouco diferente da de Dworkin, uma vez que o autor vislumbra a convivência dos princípios com as regras. Segundo Alexy, princípios e regras são pontas extremas do conjunto de normas<sup>17</sup>.

Analisando o discurso de Alexy sobre os princípios e regras, Gonet<sup>18</sup> diz:

---

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 74.

Toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre eles apenas uma variação de graus. Os princípios, na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin -, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real).

Alexy entende que os princípios nada mais são do que mandamentos para que se almeje fazer alguma coisa.

Paulo Gustavo Gonet<sup>19</sup> ainda apresenta a diferenciação entre regras e princípios de Alexy:

Enquanto os princípios concitam a que sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso grau possível, as regras determinam algo. “Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos”. Desse modo, enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor escala, as regras somente serão cumpridas ou descumpridas.

Na visão de Alexy, aos princípios deve se dar a máxima efetividade, enquanto as regras devem ser estritamente cumpridas de acordo com que está estabelecido.

Por fim, Gonet<sup>20</sup> ainda apresenta as soluções dadas por Alexy no caso de conflito entre regras e conflito entre princípios:

Um conflito entre regras é solucionado tornando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando-se que uma delas não é válida. Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer.

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 74-75.

Portanto, as regras eliminam umas as outras, enquanto o princípio só deixa de ser aplicado quando existe outro de maior valor para o caso concreto.

Depois da análise dos posicionamentos de Dworkin e Alexy, é necessário traçar a definição e o verdadeiro alcance dos princípios.

O autor Humberto Ávila<sup>21</sup> é um dos doutrinadores que se preocupam com a análise profunda dos princípios. Ele enxerga os princípios como normas que requerem uma finalidade.

Definindo princípios, Humberto Ávila<sup>22</sup> diz o seguinte:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Ávila ressalta que os princípios nada mais são do que fins que devem ser almejados e atingidos, ou seja, os princípios não podem ficar apenas no campo abstrato e sem efetividade.

Humberto Ávila<sup>23</sup> desenvolve seu raciocínio da seguinte forma:

[...] os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a idéia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.

---

<sup>21</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* - Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Universitário, 2013, p. 85.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 85-86.

Discorrendo sobre a efetividade dos princípios, Ávila<sup>24</sup> afirma que ela só é alcançada com a prática de certos comportamentos, isto é, é necessário adotar condutas positivas para a promoção do fim que se almeja.

Complementando o parágrafo anterior, Humberto Ávila<sup>25</sup> faz a seguinte observação para se chegar a verdadeira compreensão da efetividade dos princípios:

O importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza. Como afirma Weinberger, a relação meio/fim leva à transferência da intencionalidade dos fins para a dos meios. Em outras palavras, a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.

Por fim, Humberto Ávila mais uma vez atenta para a necessidade em se adotar comportamentos para a efetivação dos princípios, dizendo que<sup>26</sup>:

[...] que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido.

Em síntese, é imprescindível que se adote condutas positivas que almejem dar máxima efetividade a um princípio.

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 86.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid., p. 87.

## 2.1 PREVENÇÃO

Esse princípio tem por finalidade evitar o acontecimento de lesões. É dever de todos evitar que um dano injusto ocorra.

Farias, Rosenvald e Netto<sup>27</sup> afirmam que toda pessoa tem o dever de impedir a ocorrência de um dano, tendo a obrigação de atuar segundo a boa-fé e a prudência para que o dano não ocorra ou não atinja a sua magnitude.

Tratando dos meios de se evitar o dano Farias, Rosenvald e Netto<sup>28</sup> dizem o seguinte:

A tutela inibitória se propaga no direito civil com uma série de instrumentos que permitem prevenir o ilícito antes que o mesmo se produza, sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos e, fundamentalmente, com a transformação social suscitada pela Constituição Federal.

No que diz respeito à finalidade do princípio da prevenção, Farias, Rosenvald e Netto<sup>29</sup> entendem que:

[...], o princípio da prevenção nos remete a uma concepção de justiça aristotélica, pautada na virtude e na necessidade do ordenamento introduzir parâmetros de comportamento desejáveis que devam ser observados generalizadamente.

Por fim, deve ser ressaltado que a prevenção é tida como uma maneira de se resguardar riscos conhecidos. O objetivo é que cada um tenha adote um comportamento prudente para evitar a ocorrência de um dano previsível.

---

<sup>27</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Bahia: JusPODIVM, 2014, p. 60.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 62.

## 2.2 REPARAÇÃO INTEGRAL

Sem dúvida alguma, esse princípio representa um marco para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que representa a adoção da “Teoria do Desestímulo”. Com clara inspiração na *Common Law*, o referido princípio trata da responsabilidade civil no âmbito do consumo.

Seu fundamento legal originário encontra-se no Artigo 6º, Inciso VI, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Segundo a leitura do próprio dispositivo, é assegurado aos consumidores a efetiva prevenção e reparação de todos os danos suportados, sejam eles materiais ou morais.

Farias, Rosenvald e Netto<sup>30</sup> definem o princípio da seguinte maneira:

O princípio da reparação integral possui por finalidade repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha.

No âmbito do direito civil, o princípio está disposto no Artigo 944<sup>31</sup>, quando este afirma que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Farias, Rosenvald e Netto<sup>32</sup> fazem a seguinte análise do Artigo 944 do CC:

[...] O dispositivo efaticamente relaciona a dimensão dos danos sofridos pelo ofendido com a respectiva reparação e se distancia de qualquer escopo punitivo, pois na sua hermenêutica literal a reparação se relaciona com os efeitos danosos sobre a vítima, independentemente do dolo ou elevado grau de culpa do ofensor.

Farias, Rosenvald e Netto<sup>33</sup> discorrem sobre a concretização do princípio da reparação integral da seguinte maneira:

---

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Artigo 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

<sup>32</sup> Ibid., p. 62

O princípio se concretiza de duas formas: *a priori* a reparação será *natural*, mediante a restituição ao ofendido do mesmo bem em substituição ao outro – com a cessação dos efeitos danosos anteriores ao evento –, ou então a reparação se dará *em pecúnia*, mediante o pagamento de uma indenização que razoavelmente possa equivaler ao interesse lesado.

O que os autores falaram anteriormente, guarda correspondência com o Artigo 947<sup>34</sup> do Código Civil.

Por fim, propondo uma visão prospectiva do princípio, Farias, Rosendal e Netto<sup>35</sup> dizem:

[...] como bem evidencia o Enunciado nº 456 do Conselho de Justiça Federal, “a expressão ‘dano’ no artigo 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos”. Isto significa que a dificuldade de quantificação não será barreira para que se implemente uma sanção reparatória que se aproxime na medida do possível dos danos, mesmo que estes possuam natureza metaindividual e que seja necessário somar à indenização *in natura* uma condenação pecuniária, para que se alcance a reparação integral.

### 3. TRATAMENTO BRASILEIRO AO DANO MORAL

Como é sabido, o instituto do dano moral encontrou bastante resistência no Brasil. O desenvolvimento e aceitação de tal dano passou por três etapas específicas.

Sérgio Cavaliéri Filho<sup>36</sup> diz que no início se tentava de todas as formas negar a ressarcibilidade ao dano moral, sob a justificativa de ele ser inestimável. Ato contínuo, alguns ainda diziam que era imoral fixar um valor para a dor.

<sup>33</sup> Ibid., p. 62-63.

<sup>34</sup> Artigo 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

<sup>35</sup> Ibid., p. 63.

<sup>36</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

Antes de analisar os períodos de desenvolvimento do dano moral no Brasil, é importante saliente que antes do Código Civil de 2002, várias leis esparsas tratavam do tema do dano moral. Sobre o assunto, Gagliano e Filho<sup>37</sup> fazem a seguinte afirmação:

Não se pode negar, porém, que sobrevieram leis especiais regulando especificamente o assunto, de maneira setorial, dentre as quais podemos citar o Código Brasileiro de Telecomunicações, de 27 de agosto de 1962 (Lei n. 4.117); o Código Eleitoral, de 15 de julho de 1965 (Lei n. 4.737); a Lei de Imprensa, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei n. 5.250 – ora revogada); a Lei dos Direitos Autorais, de 14 de dezembro de 1973 (Lei n. 5.988); e, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990); o Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990 (Lei n. 8.078), todas elas contendo dispositivos específicos sobre a reparação dos danos extrapatrimoniais.

Um dos grandes problemas no desenvolvimento do dano moral do Brasil estava na sua identificação. Salomão Resedá<sup>38</sup> afirma que uma das formas de identificar o dano moral é por meio da alteração do espírito ou da capacidade de discernimento de uma pessoa.

Discorrendo sobre as particularidades do dano moral, Salomão Resedá<sup>39</sup> diz o seguinte:

A agressão em questão é subjetiva e parte-se diretamente para o aspecto afetivo do ser humano, o que tornam variáveis as reações sentidas diante de uma situação. Um mesmo acontecimento pode derivar em diferentes estados psicológicos e que, fora os casos de mero aborrecimento, em nada servirá estampar a existência do dano moral.

Outro problema do dano moral encontrava-se na sua conceituação. No Brasil passamos pelo conceito excludente, dano moral como modificação do estado anímico e dano moral como ofensa a direitos da personalidade.

Em sua obra, Salomão Resedá<sup>40</sup> fala do primeiro conceito da seguinte maneira:

A identificação das agressões imateriais foi apresentada, inicialmente, a partir do viés negativista. Para os adeptos desta corrente, o prejuízo moral seria, exatamente, aquele que não fosse taxado como patrimonial. Em outras palavras, o dano

<sup>37</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, vol. 3 – Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115.

<sup>38</sup> RESEDÁ, Salomão. *A Função Social do Dano Moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 126.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 128.

extrapatrimonial – conforme expresso na sua própria rotulação – origina-se de uma ofensa a direito desprovido de valor econômico, enquanto o patrimonial tem sua fonte na face inversa.

Note que a fase onde conceituava o dano moral de maneira excludente é bem limitadora, uma vez que freia outras hipóteses de acontecimento do dano moral.

Insurgindo contra o conceito excludente, José Aguiar Dias<sup>41</sup> diz que: “o dano, já o dissemos, é uno, e não se discrimina em patrimonial e extrapatrimonial em atenção à origem, mas aos efeitos”.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>42</sup> tece os seguintes comentários ao conceito excludente:

[...] quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral.

O segundo conceito trazido foi do dano moral como modificação do estado anímico. Ele definia o dano moral como aquilo que afetava a parte subjetiva do ser humano.

Discorrendo sobre o tema, Salomão Resedá<sup>43</sup> diz:

Para essa corrente, o dano moral deve ser identificado a partir da dor, que, por sua vez, não se resume apenas à física, mas envolve também a psicológica e espiritual. A tristeza, a angústia, a vergonha, a humilhação, a amargura, a inferioridade são sentimentos que devem ser vistos como sofrimentos num aspecto mais amplo, pois, antes de tudo, eles são dores morais.

Portanto, o dano moral surgia quando alguém conseguia perturbar a normalidade psíquica da pessoa.

José Aguiar Dias<sup>44</sup> era uma dos defensores de tal conceituação, afirmando que:

<sup>41</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.740.

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. e atual. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89.

<sup>43</sup> RESEDÁ, op. cit., p. 130.

Ao lado desse há, porém, o dano moral: este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam.

Portanto, para a referida conceituação, a perturbação anímica somada à modificação psíquica configuraria o dano moral. Como diz Salomão Resedá<sup>45</sup>, “é algo que ultrapassa as fronteiras do palpável para fulminar o interior de cada indivíduo”.

A identificação do dano moral se limitaria à subjetividade, isto é, a verificação de sua configuração estaria adstrita a sensação experimentada por alguém.

Por essa conceituação, o dano moral teria o objetivo de ressarcir as consequências do comportamento que ocasionou o desequilíbrio psíquico da pessoa.

Criticando a conceituação, Salomão Resedá<sup>46</sup> diz o seguinte:

Padecimentos psicológicos que atingem o sujeito passivo de um evento danoso nada mais são do que consequência ou o resultado do dano em si, podendo ser ele moral ou material. A dor sentida em razão de uma humilhação, ou a vergonha que lhe foi imposta a partir de um evento danoso, são estados de espírito experimentados de formas diferentes por cada pessoa, mas que, nem por isso, deixam de ser o substrato do ato lesivo.

Complementando o que foi falado anteriormente, Salomão Resedá<sup>47</sup> diz:

É evidente que somente poderá haver a incidência da proteção jurídica para aqueles acontecimentos que por ela são considerados relevantes. Não haverá a possibilidade de abarcar toda e qualquer mutação negativa dos sentimentos, pois se assim fosse estaria diante de situações consideradas teratológicas e que não devem estar entrelaçadas com os braços da justiça. Qualquer ser humano é passível de sofrer aflições subjetivas. Na realidade, com a sociedade altamente competitiva e impessoal em que se vive nos dias atuais, esta forma de agressão é bastante comum de ser identificada.

---

<sup>44</sup> DIAS, op. cit., p. 729.

<sup>45</sup> RESEDÁ, op. cit., p. 131.

<sup>46</sup> Ibid., p. 134.

<sup>47</sup> Ibid., p. 134.

Conclui-se que o grande problema do dano moral é a ausência de elementos objetivos para sua configuração. A subjetividade impede que o dano moral seja reconhecido indiscriminadamente.

#### 4. PRÁTICA JUDICIAL

A questão que mais causa tormento aos julgadores é o arbitramento do dano moral. Para a fixação do *quantum* indenizatório, é necessário que o juiz identifique alguns aspectos ou requisitos presentes no fato, para que posteriormente determine o montante adequado para o caso.

Analisando a prática judicial, Salomão Resedá<sup>48</sup> faz a seguinte análise:

[...] Apesar do grande volume de ações envolvendo prejuízos imateriais que abarrotam o judiciário, o comportamento ideal para o julgador deveria ser a análise individual de cada um dos processos. Isso porque os pilares de orientação também conduzem o magistrado a utilizar o seu arbítrio, o que reforça ainda mais o caráter subjetivo do tema em questão.

O Superior Tribunal de Justiça por vezes tem se incumbido de controlar os valores de dano moral fixados pelo juízo *a quo*<sup>49</sup>. Evidentemente, a função do STJ é revisar o *quantum* toda vez que ele contrarie a lei ou se mostra exagerado ou irrisório.

Contudo, a atuação do STJ que deveria ser excepcional, tem servido habitualmente para redução de valores atribuídos pelos juízes de primeiro grau<sup>50</sup>. Em outras palavras, o STJ se transformou no órgão jurisdicional responsável por criar parâmetros de fixação de quantias indenizatórias.

---

<sup>48</sup> Ibid., p. 216.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. DJ 02.08.2007. AgRg no REsp 895053/TO. Acesso em: 11.08.2014.

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Denise Arruda. DJ 01.06.2006. REsp 796808/RN. Acesso em: 11.08.2014.

O maior argumento do STJ para reduzir o valor fixado de danos morais é a vedação ou prevenção ao enriquecimento sem causa do ofendido. Com isso, o STJ acabou por criar uma espécie de tabelamento implícito para acabar ou combater o referido enriquecimento.

Salomão Resedá<sup>51</sup> é um dos críticos do STJ, afirmando que:

Ademais, essa intervenção contínua do Superior Tribunal de Justiça acaba por refletir uma tentativa de manutenção de suposta ordem social a partir de reiteradas reduções de valores determinados a título de indenização por danos morais. A alegação de prevenção ao enriquecimento sem causa do ofendido acaba por desaguar num tabelamento implícito feito pelos ministros daquela Corte. Não é difícil de concluir nesse sentido! Basta realizar um levantamento jurisprudencial acerca de determinado tema, que acabará por encontrar um valor específico para essa ação.

Há um evidente equívoco no STJ quando criar valores padronizados para uma situação que está repleta de subjetividade. Por mais que a situações trazidas ao Poder Judiciário sejam semelhantes, evidentemente os reflexos da lesão são diferentes para cada um que busca a tutela jurisdicional.

Ainda analisando o STJ, Resedá<sup>52</sup> diz o seguinte:

O pensamento tradicionalista desenvolvido no STJ no que se refere ao dano moral acaba por engessar todo o sistema jurídico e, por via de consequência, dá ao ofensor o sentimento de impunidade necessário para continuar a praticar atos danosos, e, por via de consequência, contrários aos anseios sociais. A ideia de que “o STJ reduzirá o valor determinado pelo primeiro grau” já começa a impregnar os processos. Muitas são as expressões de frustração que se encontram nos tribunais ao afirmar: “pouco adianta esta condenação, nas instâncias superiores, eles reduzem”.

Note que a orientação do STJ retira um pouco da credibilidade do instituto do dano moral. A afirmação da vedação do enriquecimento sem causa acaba por impedir a aplicação integral dos princípios da prevenção e da reparação integral.

---

<sup>51</sup> RESEDÁ, op. cit., p. 219.

<sup>52</sup> Ibid., p. 219.

A redução de valores para os condenados que possuem vasto capital, faz com que não haja a experimentação das consequências da prática lesiva cometida. Tal conduta gera a impressão de que a condenação por danos morais não é tão grave para o autor da lesão.

Deve haver uma reflexão por parte do STJ sobre a tese adotada. Por um lado é extremamente relevante a alegação de vedação ao enriquecimento sem causa. Todavia, esse argumento não inibe ou previne a prática novos atos lesivos.

Em suma, a vedação ao enriquecimento sem causa serve para reduzir o *quantum* indenizatório, mas não se presta a impedir que haja a reiteração na prática de uma conduta que afete um direito da personalidade.

## **CONCLUSÃO**

O grande problema do dano moral é a sua eficácia social. O Poder Judiciário não tem conseguido cumprir com a sua meta de trazer a pacificação social, uma vez que as condutas lesivas estão sendo reiteradas.

Deve-se rever o posicionamento da jurisprudência. A alegação de vedação ao enriquecimento sem causa tem esvaziado a aplicação do dano moral. Além disso, as compensações deferidas não têm atingido a finalidade de prevenção ou reparação.

Evidentemente que o comportamento da jurisprudência faz com que os cidadãos tenham menos confiança no Poder Judiciário, uma vez que a atuação deste apresenta uma aparente crise de efetividade. Em outras palavras, o Poder Judiciário que deveria proteger os lesionados, na verdade dá salvo conduto para que o causador do dano volte a cometer a mesma conduta vez após vez.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Universitário, 2013.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 11 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. DJ 02.08.2007. AgRg no REsp 895053/TO. Acesso em: 11.08.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Denise Arruda. DJ 01.06.2006. REsp 796808/RN. Acesso em: 11.08.2014.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. e atual. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Bahia: JusPODIVM, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito editorial, 2009

SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.