

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito

Rafiza Soares Teixeira Nunes

**FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO MORAL EM FACE DOS ILÍCITOS QUE
VIOLAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: com foco nas relações de consumo**

Belo Horizonte
2025

Rafiza Soares Teixeira Nunes

**FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO MORAL EM FACE DOS ILÍCITOS QUE
VIOLAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: com foco nas relações de consumo**

Dissertação apresentada na pré-banca do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Taisa Maria Macena de Lima.

Belo Horizonte
2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N972f	<p>Nunes, Rafiza Soares Teixeira Função dissuasória do dano moral em face dos ilícitos que violam os direitos fundamentais: com foco nas relações de consumo / Rafiza Soares Teixeira Nunes. Belo Horizonte, 2025. 153 f.</p> <p>Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Dano moral. 2. Reparação do dano. 3. Indenização (direito civil). 4. Relação de consumo. 5. Prática abusiva. 6. Direitos fundamentais. 7. Responsabilidade civil. 8. Princípio da segurança jurídica. I. Lima, Taisa Maria Macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
-------	---

SIB PUC MINAS

CDU: 351.824.5

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marque de Souza e Silva - CRB 6/2086

Rafiza Soares Teixeira Nunes

**FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO MORAL EM FACE DOS ILÍCITOS QUE
VIOLAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: com foco nas relações de consumo**

Dissertação apresentada na pré-banca do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Prof^a. Dr^a. Taisa Maria Macena de Lima (Orientadora) – PUC Minas

Prof. Dr. Maria de Fátima Freira de Sá – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Michael César Sá Silva – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 13 de junho de 2025

Dedico este trabalho aos meus pais, Elimar Soares Teixeira e José de Ribamar Veras Teixeira, pela dedicação de toda uma vida; ao meu marido, Rodrigo Guará Nunes; às minhas filhas, Ramile Teixeira Guará Nunes e Roxana Teixeira Guará Nunes; e a todos os meus amigos e colegas de sala de aula, pelo apoio e incentivo nos momentos mais desafiadores desta trajetória.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta dissertação representa não apenas a realização de um sonho acadêmico, mas também a vitória de muitas mãos, corações e orações que estiveram comigo ao longo desta jornada.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que, mesmo nos momentos mais desafiadores da minha formação acadêmica, jamais permitiu que eu desistisse. Sua presença foi meu sustento e minha força quando tudo parecia incerto.

À minha família de origem, representada com todo amor por minha mãe e meu pai, que nunca mediram esforços para investir na minha educação. Sou eternamente grata por tudo que fizeram, pela base sólida que construíram e por acreditarem em mim até nos dias em que eu mesma duvidei.

À família que construí com amor, meu porto seguro: meu esposo, Rodrigo Guará Nunes, e minhas filhas, Roxana Teixeira Guará Nunes e Ramile Teixeira Guará Nunes. Obrigada por compreenderem minhas ausências, por me apoiarem incondicionalmente e por serem minha motivação diária.

Aos meus colegas de trabalho, que tiveram papel fundamental neste processo. Em especial, à Magistrada Suely de Oliveira Santos Feitosa, pelo apoio e compreensão nos períodos em que precisei me ausentar do trabalho para dedicar-me aos estudos. Sua generosidade fez toda a diferença.

Aos meus colegas do mestrado, com quem compartilhei desafios, conquistas, experiências enriquecedoras e aprendizados valiosos. Obrigada pela parceria, pela solidariedade e pelo apoio mútuo ao longo desta jornada intensa e transformadora. Foi um privilégio trilhar este caminho ao lado de vocês.

Aos meus amigos, que sempre torceram pelo meu crescimento, não somente acadêmico, assim como pessoal e devocional. Cada palavra de incentivo e cada gesto de carinho foram o combustível para que eu seguisse em frente.

Por fim, uma profunda gratidão à minha orientadora, a Profª. Drª. Taisa Maria Macena de Lima. Sua dedicação, paciência e compromisso com o meu progresso foram essenciais para que eu chegassem até aqui. Muito obrigada por acreditar em mim e por fazer parte desta conquista.

A todos vocês, meu mais sincero agradecimento.

A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça por toda parte
(King, 2000).

RESUMO

A presente dissertação analisa a reparação civil por dano moral nas relações de consumo, especificamente em casos de violação a direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, com ênfase no artigo 5º. A partir da evolução normativa e doutrinária, evidencia-se a consolidação do direito à indenização por dano moral desvinculado de prejuízo patrimonial. Com foco na responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, o estudo examina as funções compensatória, punitiva e desestimuladora do dano moral, propondo critérios mais objetivos para seu arbitramento. A discussão aprofunda-se na tensão entre o Direito Civil e o Direito Constitucional quanto à natureza jurídica do instituto, bem como na aplicação da teoria do desestímulo como mecanismo de controle de práticas abusivas. Utilizando uma abordagem dedutiva, fundamentada em revisão doutrinária, análise jurisprudencial e exame de casos concretos — em especial do 8º Juizado Especial Cível e das Relações de Consumo da comarca de São Luís (MA) —, esta pesquisa propõe parâmetros que auxiliem o Magistrado na fixação justa e segura da indenização. Dessa forma, busca contribuir para a efetividade do sistema de justiça e a proteção do consumidor na sociedade de risco. O trabalho insere-se na área de concentração da ‘Teoria do Direito e da Justiça’, e na linha de pesquisa: ‘Função Social e Função Econômica das Instituições Jurídicas’.

Palavras-chave: Dano Moral. Relações de Consumo. Direitos Fundamentais. Teoria do Desestímulo. Arbitramento. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This dissertation examines civil compensation for moral damages in consumer relations, specifically in cases involving violations of fundamental rights guaranteed by the 1988 Federal Constitution, with emphasis on Article 5. Based on normative and doctrinal developments, it highlights the consolidation of the right to compensation for moral damages independent of patrimonial loss. Focusing on strict liability under the Consumer Protection Code, the study analyzes the compensatory, punitive, and deterrent functions of moral damages, proposing more objective criteria for their assessment. The discussion delves into the tension between Civil Law and Constitutional Law regarding the legal nature of this concept, as well as the application of deterrence theory as a mechanism to curb abusive practices. Using a deductive approach, grounded in doctrinal review, jurisprudential analysis, and examination of concrete cases — particularly from the 8th Special Civil and Consumer Relations Court of São Luís (MA) — this research proposes parameters to assist judges in determining fair and reliable compensation. In doing so, it seeks to contribute to the effectiveness of the justice system and consumer protection in a risk society. This work falls within the concentration area of ‘Theory of Law and Justice’ and the research line: ‘Social Function and Economic Function of Legal Institutions’.

Keywords: Moral Damages. Consumer Relations. Fundamental Rights. Deterrence Theory. Quantification. Legal Certainty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A CONSTRUÇÃO DA NATUREZA INVOLÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.1 Origem e evolução da inviolabilidade conquistada.....	17
2.1.1 Idade Antiga.....	18
2.1.2 Idade Média.....	19
2.1.3 Idade Moderna.....	21
2.1.4 Idade Contemporânea.....	24
2.1.5 Século XX – Era das Constituições.....	26
2.2 Contexto geral da construção dos direitos fundamentais invioláveis.....	29
2.3 A positivação dos Direitos fundamentais no Brasil.....	30
2.3.1 As Constituições da Era Contemporânea.....	31
2.3.2 Constituições da Era Constitucional até o retrocesso social.....	32
2.3.3 Retrocesso de todas as conquistas.....	33
2.3.4 Constituição Federal de 1988.....	34
2.4 Conceito dos Direitos Fundamentais e características que fundamentam a sua importância.....	35
2.4.1 Características dos Direitos Fundamentais.....	37
2.5 Os Direitos Fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988.....	38
2.6 Os Instrumentos garantistas dos Direitos Fundamentais de 1988.....	40
2.7 Organizando as ideias para prosseguimento do estudo.....	44
3 DANO MORAL.....	45
3.1 Resumo Histórico da Valorização do Dano Moral.....	45
3.2 Contexto doutrinário acerca do Dano Moral e a Responsabilidade Civil.....	56
3.2.1 Dano moral decorrente do ato Ilícito lato sensu x ato Ilícito stricto sensu.....	58
3.2.2 Dano moral decorrente da violação de Direitos Violáveis x Direitos Invioláveis.....	62
3.3 Conceito do Dano Moral a partir do Direito que se visa tutelar.....	64
3.4 O Código de Defesa do Consumidor como instrumento de tutela dos Direitos Invioláveis.....	69
3.5 Função do Dano Moral nas Relações de Consumo envolvendo os direitos invioláveis...	74
4 A QUESTÃO ACERCA DA AFERIÇÃO E DO ARBITRAMENTO DO DANO	

MORAL.....	80
4.1 A questão acerca da ‘aferição’ do Dano Moral.....	81
4.2 A questão acerca do ‘arbitramento’ do Dano Moral.....	82
4.3 Consequências geradas pela ausência de parâmetros de aferição e arbitramento.....	85
4.3.1 Banalização do Dano Moral e o incentivo à Indústria do Dano Moral.....	86
4.3.2 A Banalização do Dano Moral e o Incentivo ao Dano Lucrativo.....	92
4.4 A melhor conceituação do Dano Moral com fito de reduzir a banalização e seus efeitos	99
5 DANO MORAL COMO MEDIDA DISSUASÓRIA DOS ILÍCITOS QUE VIOLAM OS DIREITOS INVOLÁVEIS NA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	102
5.1 Métodos de Arbitramento do Dano Moral.....	105
5.2 A função punitiva da responsabilidade civil.....	106
5.2.1 Origem do <i>Punitive Damages</i>	107
5.3 Critérios utilizados pelo sistema brasileiro no arbitramento do dano moral.....	108
5.3.1 Critérios propostos pela Doutrina.....	111
5.3.2 Critérios propostos pela Jurisprudência.....	112
5.3.3 Critérios propostos pelo Superior Tribunal de Justiça.....	117
5.4 A melhor forma de arbitrar o dano moral.....	119
5.4.1 Primeira fase do método bifásico.....	120
5.4.2 Segunda fase do método bifásico.....	120
5.4.3 Respaldo legal que fundamenta a utilização do método bifásico.....	122
5.4.4 Pontos favoráveis e desfavoráveis a aplicação do instituto bifásico de tarifação do dano moral.....	123
5.5 Projeto de reforma do Código Civil de 2002.....	126
5.5.1 Conexão dos critérios definidos no Projeto de Reforma com o Critério Bifásico.....	128
5.6 Aplicação do critério dissuasório na Jurisprudência brasileira sob o prisma da atual conjuntura social.....	128
6 CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS.....	140

1 INTRODUÇÃO

A questão da reparação civil, especialmente no que concerne às agressões aos direitos fundamentais, tornou-se indiscutível com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em seu artigo 5º, incisos V e X, foi consolidada a indenização por dano moral em casos de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Com esse marco constitucional, eliminou-se a dúvida quanto ao reconhecimento do dano extrapatrimonial, uma vez que, até então, discutia-se a possibilidade de atribuir valor econômico a violações a direitos fundamentais. Não apenas isso, para garantir ainda mais esses direitos, a Carta Magna, no artigo 5º, inciso XXXII, estabeleceu como *dever* do Estado a defesa do consumidor — um dos princípios orientadores da Ordem Econômica.

Vale destacar que, anteriormente ao reconhecimento da responsabilização do fornecedor por produtos e serviços oferecidos à Sociedade, os prejuízos recaíam exclusivamente sobre a vítima, isto é, o consumidor (Moraes, 2007).

Diante disso, visando assegurar os interesses da parte vulnerável na relação consumerista, foi instituído o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que defende a vida, a segurança e a saúde, atuando de forma preventiva e reparatória contra danos causados e facilitando o acesso à justiça para a defesa de seus direitos. Nesse contexto, surgiu a ‘responsabilidade objetiva’, que dispensa a análise de culpa para a reparação do dano, devido à natureza de risco inerente à atividade do fornecedor de produtos e serviços.

A sociedade moderna evoluiu de uma ‘sociedade de classe’ para uma ‘sociedade de risco’, em razão do desenvolvimento da ciência e da tecnologia que propiciaram a produção em massa. Por consequência, a produção de riqueza restou ultrapassada pela produção de risco (Beck, 2010). Por isso, esses riscos e a crescente insegurança devem ser combatidos pelo Estado por meio de instrumentos de controle, como o Poder Judiciário, que desempenha um papel fulcral no equilíbrio das interações e no combate a abusos e impropriedades. Contudo, apesar dos avanços legais e do controle jurídico firmado, as situações de desrespeito ao consumidor ainda são comuns. Práticas abusivas e danos à parte mais vulnerável tornaram-se rotineiros, e as condenações mostram-se insuficientes para coibir tais mazelas.

Nesse cenário, um dos principais obstáculos na prática forense reside na carência de critérios objetivos que facilitem a quantificação do dano moral.

Para enfrentar esse desafio, mediante uma hermenêutica constitucional dedutiva, é possível determinar a natureza jurídica desse dano quando este é invocado como forma de tutela dos direitos invioláveis — aqueles consagrados pela Constituição Federal (Brasil, [2024]).

De fato, na prática judicial contemporânea, ao fixar o dano moral, o juiz fundamenta sua decisão na expressão ‘valor proporcional do dano’, prevista no art. 944 do Código Civil, além de invocar o princípio da proibição do enriquecimento indevido, como fator preponderante para evitar condenações em valores excessivos.

Surge, então, uma questão crucial: quando a condenação decorre da violação de um direito fundamental, estaria ela vinculada ao Direito Civil ou ao Direito Constitucional? Diante da dualidade, e considerando a natureza jurídica da norma impositiva, os fundamentos para arbitramento e quantificação deveriam estar alinhados aos princípios do Código Civil ou aos preceitos constitucionais?

Este estudo busca, de forma pragmática, elencar fatores e circunstâncias que proporcionem maior segurança decisória da matéria. Nesse sentido, a abordagem da estrutura normativa, criada por Hans Kelsen (1998) na ‘Teoria do Direito’, será um marco teórico para o convencimento do leitor quanto à natureza jurídica do dano moral, aplicado a direitos invioláveis, considerando o seu lugar na escala normativa estrutural.

A proposta divide-se em duas etapas: primeiramente, avaliar o conceito de dano moral; em seguida, os elementos essenciais para seu arbitramento. Dessa forma, a pesquisa culminará em uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre os critérios bifásicos (compensatório/reparatório e punitivo/desestimulador) na quantificação desse dano elencado, com o intuito de subsidiar o julgador, evitando arbitrariedades e subjetividades decorrentes da falta de parâmetros objetivos que sustentem a decisão.

À vista disso, não há dúvidas acerca da necessidade de se observar a importância do arbitramento do dano moral nas relações de consumo quando este envolve direitos invioláveis. Diante desse cenário, argumenta-se como o aplicador da lei, ao formar sua convicção, irá promover o atendimento dos anseios sociais, considerando os riscos decorrentes dos avanços tecnológicos e industriais. Em síntese, a decisão deve, não apenas reparar e compensar a vítima, mas também penalizar e desestimular o ofensor.

Para tanto, na formação do convencimento, são necessárias as seguintes indagações: quais fatores asseguram a caracterização do dano moral? Qual é o valor justo para compensar a vítima? Deve-se considerar apenas a lesão sofrida ou também a conduta do ofensor? O valor estipulado deve servir como forma de prevenção? Seria justo conceder uma indenização com caráter pedagógico e desestimulador?

Nesse prisma, evidencia-se a relevância deste trabalho sobre os critérios para a aferição do valor justo, considerando não apenas o aspecto punitivo, como também o efeito desestimulador na fixação do dano moral. Contudo, a aferição da função pedagógica-

dissuasória na quantia a ser arbitrada pelo juiz por ocasião da sentença é amplamente criticada, embora acolhida por diversos doutrinadores e juristas.

De um lado, os críticos refutam o pleito, argumentando que seria um estímulo à indústria do dano moral, ao enriquecimento indevido e ao aumento demasiado das demandas judiciais, o que geraria uma instabilidade socioeconômica nas relações comerciais. De outro lado, os adeptos afirmam que a aplicação depende sobretudo da atuação do judiciário — o aplicador da lei (juiz) — que tem o papel imprescindível de discernir entre o interesse meramente pecuniário do litigante — passível de penalização por litigância de má-fé — e a real lesão decorrente de uma conduta gravemente contrária aos padrões médios da sociedade.

Em meio a tal debate, esta pesquisa propõe uma reflexão sobre a quantia adequada para atingir a finalidade primordial desse dano: dissuadir o ofensor de reincidir no ilícito e garantir o respeito aos direitos do consumidor, sem, contudo, incentivar a banalização do instituto ou o surgimento de uma indústria do dano moral.

Partindo dessa premissa, sabe-se que as normas disponíveis, na chamada ‘moldura normativa’ de Kelsen (1934), não detém forma objetiva para a aplicação desse tipo de dano, devendo a decisão ser formada por meio do convencimento do juiz, construído após a análise do pressuposto fático apresentado. Todavia, é válido buscar parâmetros propostos pela doutrina e jurisprudência, com o escopo de auxiliar na determinação de uma condenação ideal e justa. Tal sistematização evita a denominada ‘loteria jurídica’ e a subjetividade infundada nas condenações, que geram instabilidade e insegurança jurídica.

Nesse viés, o vigente estudo em proposição vem enaltecer tal reflexão, examinando os pontos favoráveis e desfavoráveis à aplicação da teoria do desestímulo como função dissuasória do dano moral nas relações de consumo que violam direitos fundamentais. Pontua-se que a ignorância dessa teoria pode intensificar as práticas abusivas cometidas por empresas de grande porte, fomentando um sentimento de impunidade. Logo, esta pesquisa vai questionar e apresentar as diversas teorias sobre o tema, tal como os requisitos indicados pela doutrina e jurisprudência, a fim de oferecer suporte aos juízes e eximir a percepção de incerteza e insegurança nas decisões.

Metodologicamente, por intermédio de revisão bibliográfica, análise de referências jurisprudenciais e citações de processos em curso no 8º Juizado Especial Cível e das Relações de Consumo da comarca de São Luís (MA), além de outros Tribunais com casos análogos, serão avaliadas as decisões que abordam as duas correntes — tanto a favor quanto contra a aplicação da teoria do desestímulo como mecanismo eficiente.

Ao final, de forma dedutiva, buscar-se-á a melhor teoria e moldura de pressupostos para subsidiar a construção de um dano moral justo, compensatório, reparatório, educativo e capaz de desestimular novas práticas ilícitas.

Esta dissertação insere-se na área de concentração da ‘Teoria do Direito e da justiça’ e na linha de pesquisa sobre ‘Função Social e Função Econômica das Instituições Jurídicas’, proposta pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ademais, o tema está diretamente correlato ao Sistema de Justiça Brasileiro, cujos elementos centrais são os resultados obtidos com os microssistemas jurisdicionais.

2 A CONSTRUÇÃO DA NATUREZA INVOLÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para estudar os ‘direitos fundamentais’, é preciso, antes de tudo, compreender como ocorreu seu reconhecimento até sua positivação.

De fato, todo direito emerge de um fato histórico na sociedade, e com esse tipo não foi diferente. Eles advieram dos processos de transformação histórica da vida em sociedade, colidindo em uma mudança de comportamento, que, por sua vez, suscitaram discussões doutrinárias, filosóficas e jurídicas, até se materializarem por meio de uma norma positiva, após serem reconhecidos pelo Estado.

Desse modo, os direitos fundamentais nascem e são positivados. No entanto, surge a questão: por que esses direitos foram qualificados como ‘fundamentais’?

A explicação para tal indagação encontra-se nos processos históricos que os antecederam, pois são vitais para a compreensão de sua formulação, visto que decorreram de lutas e conquistas cruciais para a humanidade. Vale ressaltar que esses direitos surgiram após a positivação dos ‘Direitos Humanos’ — estes de reconhecimento universal e indispensáveis a qualquer Estado que se intitulava um Estado Democrático de Direito.

Em resumo, o fim da 1^a Guerra Mundial marcou o término da Era Moderna — período caracterizado pela libertação do ser humano dos muros feudais, com o crescimento da economia que fortaleceu a burguesia. Entretanto, esta classe, em vez de buscar a liberdade como expressão da dignidade humana, priorizou seu próprio enriquecimento, sem intervenção estatal, consolidando o Estado Liberal em oposição ao Estado Absolutista até então vigente.

Todavia, esse Estado de Direito, influenciado pelo Iluminismo e ‘racionalismo’ — que centralizaram a figura do homem como ser autônomo — mostrou-se suficiente para impedir as atrocidades vivenciadas durante a 2^a Guerra Mundial, já no século XX.

Perante essa perspectiva, isso exigia estruturas normativas mais severas, capazes de coibir arbitrariedades e governos ditoriais, baseadas nos princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade, consolidados ao longo dos estágios históricos da Humanidade — desde a Era Moderna, passando pela Era Contemporânea, até a ‘Era das Constituições’.

Nesse panorama, surge a ideia da constitucionalização do direito civil, ou melhor, a afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana nas relações privadas. Por isso, a necessidade de petrificar direitos que jamais poderiam ser suprimidos, razão pela qual alguns deles foram elevados à categoria constitucional, tornando-se ‘fundamentais’ para a vida em sociedade.

Na Era das Constituições, como será observado, cada Estado-Nação, com o fito de ser reconhecido enquanto soberano, democrático e de direito, procurou elaborar sua Constituição Federal, alicerçada nos Direitos Humanos já conquistados pelas árduas lutas históricas.

Cada Estado instituiu sua Carta Magna pautada em certos direitos. Contudo, como cada País possui uma trajetória única — com conquistas e evoluções político-econômicas específicas —, coube a cada uma delas definir, em sua ordem jurídica interna, a configuração desses direitos, caracterizando-os como fundamentais.

Assim, distinguem-se: os direitos de caráter universal (direitos humanos) e os de caráter interno (denominados de direitos fundamentais). Mediante a esta perspectiva, os direitos fundamentais constituem um pilar essencial para a limitação do poder estatal perante o indivíduo. Portanto, é pacífico o entendimento de que tais direitos são pré-estatais, considerando tanto a cronologia quanto a axiologia de sua formação, que remonta aos direitos universais consolidados após as lutas da Idade Moderna.

A esse respeito, a fundamentação trazida por Pinto (2009) é elucidativa ao atribuir os direitos humanos características intrínsecas à própria condição humana. Em outras palavras, são direitos inerentes ao ser humano pelo simples fato de existir, independentemente de reconhecimento formal, pois se aplicam a todo aquele que se reconhece como tal. Como bem assevera o jurista, tratam-se de direitos de “caráter inviolável, intemporal e universal, sendo válidos em todos os tempos e para todos os povos” (Pinto, 2009, p. 127).

Por outro lado, esses, ainda na visão de Pinto (2009), derivam do reconhecimento jurídico do ser humano em um determinado contexto espaço-temporal, ou seja, eles são instituídos e necessários para a regulamentação da vida em sociedade.

Tal distinção, assim sendo, é fulcral para delimitar o enfoque jurídico deste trabalho, ou seja, o estudo concentrar-se-á nos direitos positivados a partir de um marco histórico, destacando sua natureza e característica, considerando as transformações comportamentais nas esferas política, econômica e social.

Não se pode ignorar, portanto, o intenso embate social, político, religioso e jurídico que antecedeu o reconhecimento de que todo ser humano é detentor de direitos e deveres, independentemente de cor, credo, gênero ou etnia. Afinal, conflitos sangrentos, mortes e sofrimento ocorreram para que se consolidasse o princípio da igualdade entre os indivíduos no corpo social.

Evidentemente, um Estado que não defende os direitos fundamentais de seus cidadãos não é um Estado de Direito, mas uma estrutura de poder totalitária e arcaica. Por essa razão, é indispensável garantir sua permanência e proteção contra possíveis violações.

Nesse aspecto, o estudo das origens que nortearam a formação desses direitos é de extrema relevância, visto que permite construir uma base epistemológica sobre sua essência e justifica por que devem ser tratados e protegidos de maneira diferenciada em relação aos demais direitos garantidos pelo Estado.

2.1 Origem e evolução da inviolabilidade conquistada

Os direitos fundamentais emergem quando o ser humano percebe que não é apenas um ente físico, porém um sujeito de direitos, reivindicando o reconhecimento de seu espaço na sociedade. Como afirma Bobbio (1992, p. 6): “[Os] direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando [acontece] o aumento do poder do homem sobre o homem. [Logo,] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”.

Quando o homem compreendeu que sua existência não se resumia a uma mera sobrevivência, surgiu a necessidade de definir normas de convivência. Tais regras, inicialmente baseadas em costumes, converteram-se em leis, regulando as interações sociais para garantir uma coexistência harmoniosa, como exemplificado pelo Código de Hamurabi e pela Pedra de Roseta (Chadid, 2015).

Dessa evolução, observa-se que os direitos fundamentais evoluíram de uma estrutura estatal primitiva, alicerçada no poder soberano, para um Estado Democrático de Direito, baseado na modificação do pensamento e na racionalização da mente humana.

Nesse enquadramento, é perceptível que

[os] homens começaram a apreciar-se mutuamente e se lhes formou no espírito a ideia de consideração, cada um pretendeu ter direito a ela e a ninguém foi mais possível deixar de tê-la impunemente. Saíram daí os primeiros deveres de civilidade, mesmo entre os selvagens, e por isso toda a afronta voluntária tornou-se um ultraje porque, junto com o mal que resultava da injúria ao ofendido, este nela via desprezo pela sua pessoa, frequentemente mais insuportável do que o próprio mal. Eis como, cada uma punindo o desprezo que lhe dispensavam proporcionalmente à importância que se atribuía, as vinganças tornaram-se tremendas e os homens sanguinários e cruéis (Rousseau, 1991, p. 263).

Como desdobramento histórico, alguns estudos apontam a Magna Carta de 1215 enquanto marco inaugural dos direitos fundamentais — documento que assentou as bases para a incorporação de garantias imprescindíveis nas Constituições modernas (Pinto, 2009).

Mais adiante, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) consagrou os princípios de inviolabilidade da vida, liberdade e busca da felicidade, consolidando o paradigma liberal. Porém, foi com a Revolução Francesa (1789) que a positivação universal desses direitos ganhou força, respaldada no tríplice ideal revolucionário (liberdade, igualdade e fraternidade).

Frente à trajetória histórica, a doutrina classifica o desenvolvimento desses direitos em cinco fases históricas, correspondentes às transformações socioculturais e filosóficas de cada época. Tal periodização, que será analisada sinteticamente a seguir, demonstra a progressiva consolidação e ampliação da proteção jurídica: Idade Antiga; Idade Média; Idade Moderna; Idade Contemporânea; e Era das Constituições.

2.1.1 Idade Antiga

Inicialmente, a Era Axial — período de transformação do pensamento mitológico, politeísta e impositivo para uma mentalidade racional, monoteísta e fundamentada — ocorreu entre 1690 a.C. e 380 d.C., sob a influência dos grandes filósofos da época. Dentre suas manifestações, o Código de Hamurabi (1772 a.C.) destacou-se como a primeira lei codificada com base na razão, ainda que restrita a um grupo seletivo da sociedade e permissiva em relação a penas cruéis e desumanas (Prado, 2007).

Como afirma Comparato (2011), esse período eleva a figura do homem à condição de ‘fundamento’ para a prática dos atos. Deixando de ser visto como um ser vil e sem propósito social, o ser humano passa a ser valorizado em sua liberdade, buscando o sentido da própria existência e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa:

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes (Comparato, 2011, p. 23-24).

Tal visão humanista ecoava nos sofistas (professores gregos), como Protágoras (Comparato, 2011, p. 23-24), que defendiam ser “o homem [...] a medida de todas as coisas” — ou seja, caberia ao ser humano, com sua opinião ou perspectiva, definir o valor das coisas. Para eles, os julgamentos bem solidificados na razão poderiam desafiar a moral vigente.

Em contraste, filósofos como Sócrates (469-399 a.C.) e Platão (427-347 a.C.) acreditavam na existência de uma norma absoluta e inquestionável, um padrão objetivo de verdade — o que Kelsen (1934) chamou de ‘moldura imperativa’ (Buckingham *et al.*, 2011).

Posteriormente, Santo Agostinho (354-430 d.C.) introduziu uma perspectiva baseada na crença em um único Deus, enquanto Aristóteles (384-322 a.C.) ampliou o legado de Platão ao analisar a realidade por meio de evidências. Para Aristóteles, o homem não era apenas um ser sensorial, mas também racional, capaz de refletir teologicamente sobre o propósito das coisas. Inclusive, Gadamer (2009, p. 56) pontua que:

No caso de uma vida de ‘bem’, é, portanto, uma vida na qual cumprimos nosso objetivo ou usamos ao máximo todas as características que nos tornam humanos. Uma pessoa pode ser considerada virtuosa ou de ‘bem’ se usa as características com as quais nasceu na busca da virtude, que seria na forma mais elevada para Aristóteles, a sabedoria.

A partir de 380 d.C., no Império Romano, firmou-se um eixo ético pautado nos ensinamentos cristãos, nos quais a vida de Cristo servia enquanto modelo de conduta social. Qualquer desvio era considerado heresia (Chadid, 2015, p. 96):

Assim, considerando todos os homens irmãos enquanto filhos de Deus, tornou-se um dos fundamentos para a construção de uma base de proteção aos direitos de igualdade, apesar das diferenças individuais e grupais. A teoria do estado natural adotada nesse contexto afirma que os homens são livres e que seus direitos são iguais e existem por sua própria natureza. O Direito Natural é encarado como anterior e superior ao Estado e, por isso, nem o Estado, nem o próprio homem podem subtraí-lo.

Santo Tomás de Aquino era precursor de tal narrativa, defendendo que a moral e o comportamento humano deveriam seguir os ensinamentos de Jesus, baseados nos mandamentos divinos (Buckingham *et al.*, 2011).

Dessa maneira, fortaleceu-se um padrão de comportamento absoluto, em oposição ao relativismo de Protágoras. A teologia foi o ‘guia’ supremo para a conduta social, qualquer divergência era considerada uma transgressão às regras naturais ‘absolutas’ e ‘indiscutíveis’.

2.1.2 Idade Média

Esse período se estende da queda do Império Romano Ocidental até a conquista de Constantinopla pelos turcos (400 d.C. a 1453 d.C.). Foi uma era marcada por uma visão

profundamente teocêntrica, na qual a Igreja Católica tonificou-se como o principal centro de poder e orientação cívica. Na época, prevalecia a crença de que a razão não poderia se sobrepor à fé — conforme os ideais de Santo Agostinho, que defendia a submissão da liberdade humana à vontade divina, ou seja, ao serviço a Deus (Chadid, 2015).

No que tange a isso, a filosofia medieval estruturou-se em uma rígida dicotomia entre a razão e a fé: a primeira estava associada à ‘matéria’, enquanto a segunda vinculava-se ao ‘espírito’ e, consequentemente, a Deus. Dessa forma, o homem deveria agir conforme os preceitos da fé, orientado pelos padrões divinos, e não pela razão — esta considerada ligada à materialidade e, portanto, ao pecado.

Nesse sistema, o poder político e econômico dos Reis era limitado, o que frequentemente os levava a buscar o apoio do Papa para resolver situações conflituosas. Vivia- se sob o Feudalismo, um sistema sinalizado por tensões em relação às estruturas de poder assentadas. Perante esse quadro, surgiu a necessidade de positivação de direitos com o objetivo de conter as manifestações que eclodiam nos feudos e nos territórios papais.

A Carta Magna, elaborada em 1215, pelo Rei João da Inglaterra (conhecido como ‘João Sem-Terra’), embora inicialmente concedesse privilégios aos senhores feudais, teve importância na construção dos direitos fundamentais, porque instituiu a primeira limitação ao poder soberano do Monarca (Chadid, 2015). A Carta limitava o poder do Rei, restringindo a capacidade dele de tributar e iniciando a separação institucional entre Igreja e Estado, além de prever direitos que perduram até hoje, como o *habeas corpus* e o devido processo legal.

A Idade Média foi caracterizada pela racionalização de normas fortalecidas na lei divina. Houve uma distinção entre ‘direito’ e ‘moral’, originando o que hoje se chama de lei natural — derivada da lei eterna e universal de Deus, que deveria embasar as leis humanas. Ideias como vida, propriedade, liberdade e igualdade eram interpretadas à luz da fé, inspiradas no exemplo de Cristo (Jusnaturalismo).

Chadid (2015, p. 99) sintetiza essa fase afirmando:

[...] Tivemos um longo período onde os direitos fundamentais que reconhecemos hoje (liberdade, igualdade, propriedade, vida) eram explicados e defendidos sob o prisma de uma lei natural baseada na visão da Igreja. A verdadeira vida, liberdade, igualdade estavam na fé, submetendo a população a uma vida privada de prazeres, de liberdade física, de igualdade material, pois estes não eram da vontade de Deus. Quanto à propriedade, sendo a terra a matéria vinda da vontade de Deus, e sendo a Igreja a sua representante, deveria ela conduzir e determinar o modo de sua utilização e não os homens.

Tudo era considerado *vontade* de Deus, restando apenas a resignação, sem reclamações. O monarca, tido como escolhido por Deus, não era confrontado nem contrariado, apenas obedecido. Mesmo diante de injustiças, se estas fossem percebidas como parte da vontade divina, deveriam ser aceitas e respeitadas.

2.1.3 Idade Moderna

Manter os padrões conservadores não foi tarefa fácil, pois limitar a liberdade das pessoas e os direitos patrimoniais, principalmente os ligados aos direitos de propriedade, tornava-se cada vez mais complexo. Nesse contexto, surgiram vários filósofos que propuseram modificações profundas nas ideologias vigentes, defendendo o homem natural enquanto ser racional, dotado de direitos e dignidade, autônomo e livre dos dogmas teológicos, independentemente da classe social. Até então, as leis beneficiavam apenas a classe da burguesia. Desse modo, o principal motivo para o reconhecimento da necessidade de constituição de direitos que pudessem garantir a existência humana era a condição de *ser homem*, na sua terminologia *lato sensu*.

Diante dessa perspectiva, o ser humano passou a ser visto não como um ente selvagem, porém como um indivíduo racional, que exigia garantias essenciais. Consequentemente, o Estado moveu-se a se preocupar com a criação de mecanismos para assegurar tais direitos como a vida, a liberdade e a possibilidade de propriedade.

Tal período ainda foi assinalado por um movimento intelectual conhecido como Humanismo, que se estendeu do século XV ao XVIII e foi difundido por pensadores como Nicolau Maquiavel (1469–1527), Thomas Hobbes (1588–1679), John Locke (1632–1704), Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) e Immanuel Kant (1724–1804) (Chadid, 2015).

Estes filósofos foram responsáveis por uma mudança de paradigma: da visão teocêntrica para uma perspectiva racional, o que resultou na transição de monarquias absolutistas para sistemas mais democráticos, baseados em parlamentos decisórios ou, em alguns casos, na formação de repúblicas. Desse modo, essa evolução intelectual foi fulcral para determinar o padrão do que seriam os princípios de igualdade, liberdade e respeito à vida e à propriedade na sociedade.

Nessa conjuntura, Maquiavel (1469-1527), enquanto conservador teológico dogmático, concebia o monarca como uma figura soberana, suprema e absoluta, capaz de qualquer ação — incluindo violência e humilhação — para alcançar seus objetivos, já que, em sua ótica, os meios tornavam-se aceitáveis diante da relevância dos fins (Chadid, 2015).

Por outro lado, Hobbes (1588–1679), embora também conservador, era contratualista. Ele defendia que a vida em sociedade derivava de um pacto social entre o Estado e os indivíduos

— um acordo para garantir a paz. Ele entendia o homem enquanto ser instintivo e selvagem, que precisava ser controlado pelo Estado para manter a ordem. No entanto, tal contrato beneficiava principalmente o Estado, restringindo a liberdade individual.

Em contrapartida, Locke (1632–1704), outro contratualista, possuía uma visão mais liberal. Ele acreditava no pacto social como forma de garantir segurança, mas rejeitava o poder absoluto do soberano (na figura do rei). Para ele, o Estado deveria ter seus poderes limitados pelo Parlamento. Contudo, esse Parlamento representava apenas os interesses da burguesia. Quanto a isso, rechaçando tal entendimento:

Locke também admite que o homem vive um estado natural, ou seja, por si mesmos e desprovidos de progresso e segurança. Assim, no estado natural, não haveria instituição que protegesse a eles ou à propriedade privada. Assim é que os homens decidem ter um protetor, onde se estabelece um contrato entre o Estado e os homens. O Estado seria um mediador de conflitos, garantindo o desenvolvimento e as regulações, mas permitindo que os indivíduos (no caso a burguesia) vivessem livremente, podendo possuir sua propriedade privada sem intervenção do Estado e praticar o comércio e promover a concorrência. A responsabilidade do Estado não seria de intervir sempre, mas quando os interesses da burguesia sofressem algum tipo de ameaça (Chadid, 2015, p. 100).

Nessa linha de pensamento, Brandão e Gauer (2015, p. 130-131) dissertam que

[o] Humanismo representou o reencontro e a recompreensão da cultura clássica. Note-se que na Idade Média, os clérigos monopolizavam as escolas e a produção cultural. Com o advento de uma nova classe social na modernidade, nomeadamente a burguesia, tal monopólio foi rompido, e aquela classe, economicamente rica e, portanto, pródiga em recursos que lhe permitiam os estudos, passou a representar uma nova elite culta, que tinha existência fora da Igreja, mais precisamente, paralela a ela.

Assim, como bem enfatizam os juristas acima, a mudança de pensamento somente surgiu, porque uma classe em ascensão econômica pôde investir em estudos que propiciaram uma mudança paradigmática: da aceitação do padrão imposto pela Igreja para uma visão mais prática, centrada no ser humano como núcleo do universo.

Por fim, essa transição, como já realçado, decorreu de processos históricos e de manifestações sociais, visto que a burguesia e a nobreza procuravam expandir a produção feudal além de seus limites territoriais, impulsionando o comércio e a circulação de mercadorias para além das fronteiras do feudo.

Nesse domínio, os ideais defendidos pelos filósofos da época, como Platão e Aristóteles (Gadamer, 2009), acerca da necessidade de confrontar os argumentos governamentais com a realidade social, tornaram-se pilares na construção dos preceitos fundamentais estabelecidos pela *Bill of Rights* (1689) — documento elaborado pelo Parlamento inglês durante a coroação do Príncipe Guilherme de Orange (Comparato, 2011).

Tal documento, por sua vez, trazia ideais contrários ao absolutismo e, consequentemente, à opressão e à discriminação que ocorriam na sociedade inglesa. Ademais, os revolucionários lutaram pela separação de poderes, com o propósito de diminuir o poder do rei, delegando-o a um parlamento democraticamente eleito pelo povo. Entretanto, como a proposta visava limitar a atuação estatal, ampliando as liberdades individuais, acabou por beneficiar justamente a classe que, naquele momento, detinha recursos financeiros para impulsionar o comércio e a indústria: a burguesia.

Como resultado direto, com o fortalecimento econômico de tal classe, houve um agravamento das condições da população mais vulnerável, acentuando as desigualdades sociais

— fator que, posteriormente, tornou-se determinante para a Revolução Industrial. Inspirada nos ideais iluministas, essa revolução, entre outros aspectos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações. Logo, a História, a partir da Revolução Industrial vivenciada na Inglaterra, teve marcos importantes no reconhecimento da qualificação de imprescindibilidade desses direitos e sua positivação.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais estão alicerçados nos princípios históricos de liberdade, igualdade e fraternidade — pilares que emergiram no contexto das revoluções liberal e iluminista durante a modernidade. Consoante Pinto (2009, p. 126):

Tais direitos consubstanciam limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, sendo encarados como inevitável resultado de diversos eventos históricos e ideologias marcadas, de forma indelével, pelos primados da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, cujas ideais foram sendo inspiradas tradicionalmente nos movimentos que se voltaram para a reforma e a formação do Estado Democrático de Direito.

Dentre os filósofos expostos, Rousseau (1712–1778) também teve grande relevância na Idade Moderna ao defender a ideia da busca por uma soberania autônoma enquanto fundamento para a emancipação do Estado. Em sua ótica, o ideal seria transferir o poder de decisão às mãos do povo, que, assim, poderia escolher seus representantes (Rousseau, 1991).

Paralelamente, surge Kant (1724–1804), pensador revolucionário e precursor dos ideais da Revolução Francesa — cujo principal objetivo era substituir a monarquia pela República —

, com sua filosofia cosmopolita baseada em imperativos universais. Em essência, Kant propunha um comportamento ético e racional, desde que pudesse ser adotado por todos sem violar os direitos alheios (Trivisonno, 2005).

Para o filósofo em questão, os conflitos globais decorrem do armamento das nações e da falta de governos republicanos. Em sua percepção, garantindo-se direitos iguais a todos, sem distinção, seria possível estipular uma sociedade justa e pacífica, alicerçada na razão.

Sobre a fundamentação, indica-se o estudo feito por Trivisonno e Meller (2007, p. 127), que interpretam o direito sob a ótica kantiana: “o direito é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida na escolha de outrem de acordo com uma lei universal da liberdade”. Ou seja, para Kant, uma ação seria legítima apenas se pudesse ser universalizada, respeitando os direitos de terceiros. Sua concepção de paz era fundada na ética e não no uso da força. Nesse aspecto, Chadid (2015, p. 101) argumenta que

[os] imperativos categóricos de Kant refletem a ética do dever. A ética, para Kant, é superior à moral; ou seja, entre o dever e a felicidade, deve prevalecer o dever. Para ele, a busca da felicidade não deve ser perseguida porque ela é passageira. O que deve ser almejado é o “agir de tal forma que sua ação seja considerada como norma universal”, ou seja, em prol do bem comum. De igual forma, outro imperativo categórico seria “tomar a humanidade como fim e não como meio”. Isso significa não usar as pessoas para atingir a riqueza e a felicidade, como meio para obter algo. Assim, tomar a humanidade como fim em si mesmo é trazer a noção de respeito e ética pelo que elas são.

Contudo, todos esses ideais filosóficos tiveram mais expressividade após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), em decorrência das atrocidades cometidas contra grupos raciais, por tiranos, que fizeram suscitar a necessidade de uma mudança mais brusca na defesa dos direitos humanos.

Ante tal panorama, no pós-guerra, tornou-se imperativa uma mudança de paradigma, em rejeição aos atos de opressão e à exclusão de indivíduos marginalizados das esferas sociais, econômicas e políticas.

2.1.4 Idade Contemporânea

A Idade Contemporânea é marcada pela elaboração de documentos que realmente definem os direitos humanos. Entre eles, pode-se citar a Declaração de Virgínia (1776) e também a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte. Bobbio (1992) e Bonavides (2003) reconhecem a importância desses documentos para a emancipação

dos direitos naturais do ser humano, mas os consideram limitados a uma classe social ou a um contexto nacional específico.

Além disso, os autores argumentam que a Declaração de Virgínia se preocupou com o crescimento da classe burguesa, sem a interferência estatal, e que a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América do Norte teve como objetivo principal a libertação do Estado da colônia inglesa, sem lembrar das demais colônias europeias exploradas. Contudo, para esses juristas — como Bobbio (1992) —, a universalização dos direitos humanos ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa. De fato, esse documento não apenas valorizou os direitos inerentes a todo indivíduo, mas também estendeu um princípio a todas as nações que almejassem um reconhecimento enquanto Estados soberanos e democráticos.

Dessa maneira, o documento francês consagrou os direitos humanos de primeira geração, pautados na ideologia iluminista (liberdade). Sua base filosófica reside na concepção do homem como ser racional e centro do universo, em oposição ao absolutismo, que o reduzia a um mero sujeito passivo, desprovido de autonomia.

Nesse quadro, a Declaração Universal voga: o direito à liberdade, defendido como tudo aquilo que o homem possa fazer, desde que não prejudique ninguém; o direito à separação de poderes, com fito de garantir a soberania de cada Estado; o direito às garantias processuais, enaltecendo os direitos referentes às causas penais, como a presunção de inocência e o princípio da legalidade; por fim, os direitos de propriedade, estabelecendo sua inviolabilidade (Bobbio, 1992). Dessa maneira, a Era Contemporânea consolida a noção de direitos naturais universais e atemporais, sustentados por esses pilares.

Complementando essa perspectiva, Comparato (2011) afirma que a Declaração de Virgínia representou um marco jurídico ao antecipar direitos posteriormente consagrados pela Declaração de Independência, reforçando os alicerces da soberania popular.

Para melhor elucidar esse assunto, é salutar que

[tais] direitos foram consagrados em instrumentos internacionais, como o fundamento que torna o homem o centro e o destinatário de todo o direito, e se exprimem em: (1) direitos da personalidade, pois o integram o direito à vida, à integridade corporal, à liberdade — que é tomada em sentido amplo, abrangendo tanto a liberdade de consciência quanto as liberdades de pensamento, opinião e opção religiosa; (2) direitos de participação política, pois os homens devem concorrer para a formação dos poderes do Estado; neste sentido, é indispensável para a legitimidade do poder a sua separação; (3) garantias processuais, as quais traduzem que o direito não pode deixar de reconhecer a dignidade de qualquer ser que pertença ao gênero humano, uma vez que ele tem uma série de mecanismos que possibilitam sua atuação frente

à jurisdição estatal; (4) o direito de adquirir propriedade, que traduz a aptidão do homem para ser um sujeito, antes, o mecanismo de produção, circulação e distribuição de riquezas, de modo a ser irrenunciável a possibilidade de pertença a esse dito mecanismo (Brandão; Gauer, 2015, p. 127).

No entanto, entre 1789 (Declaração dos Direitos do Homem – França) e 1945 (Declaração Universal das Nações Unidas), o mundo vivenciou vários episódios individualistas de suas nações. Consequentemente, havia entendimentos divergentes do que seria o direito à vida, ao aborto, à liberdade do negro e da mulher, às penas cruéis, à liberdade religiosa e de pensamento, e, sobretudo, quanto ao direito dos trabalhadores, conforme cada nação. Nesse cenário, os atos nacionalistas foram responsáveis pela defesa de direitos de forma divergente, de um país para outro, do que defluíram rejeições étnicas a grupos que contradiziam a estrutura nacionalista, na época imposta.

Diante disso, disseminaram-se manifestos xenófobos e racistas, com o objetivo de excluir quaisquer povos ou etnias que pudesse ameaçar os ideais nacionalistas defendidos pela classe dominante. A esse respeito, Chadid (2015, p. 104) observa:

[...] A Europa se dividiu em nações-estados de etnicidade e cultura relativamente homogêneas [...] Embora a xenofobia pudesse ter como alvo qualquer grupo estrangeiro (os chineses nos Estados Unidos, os italianos na França ou os poloneses na Alemanha), as últimas décadas do século XIX assistiram a um crescimento alarmante do antisemitismo. Os políticos de direita da Alemanha, da Áustria e da França usavam jornais, clubes políticos e os novos partidos políticos para atiçar o ódio aos judeus como inimigos verdadeiros da nação. Na Alemanha, depois de duas décadas de propaganda antisemitista, o Partido Nacional Alemão fez dessa sua plataforma em 1892.

Em contrapartida, havia um grupo que defendia novos comportamentos inclusivos — como o reconhecimento dos direitos das mulheres, a abolição da escravidão, os direitos dos trabalhadores e a liberdade de crença e pensamento —, em oposição aos grupos tradicionais, hierárquicos e subservientes. Nesse momento histórico, entre os séculos XVIII e XIX, surgiram também movimentos socialistas e comunistas, preocupados com as classes minoritárias, vistas como excluídas e exploradas pela elite dominante da economia da época: a burguesia.

2.1.5 Século XX – Era das Constituições

Após a Era Moderna e a Contemporânea, o mundo globalizado passou a evoluir de forma mais rápida e concreta na construção de suas Constituições Federais, baseadas em preceitos previamente consolidados e de caráter universal.

Nesse movimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ([1789] s.d.) já afirmava, em seu artigo 16º: “a sociedade que não tivesse a separação de poderes e a garantia de direitos não tinha constituição”. Brandão e Gauer (2015, p. 128) denominavam tais preceitos como “direitos universais internamente positivados e de caráter fundamental”.

Dessas premissas, tais evoluções conduziram à compreensão de que era necessário voltar-se mais às classes que sofriam com o avanço mercantilista e econômico. Surgiu, assim, a necessidade de transição de um Estado estritamente liberal, pautado em ideais capitalistas e na procura incessante por lucro, para um Estado Social, comprometido com os direitos daqueles marginalizados pelo sistema vigente.

Foi sob essa ótica que emergiram os direitos de segunda geração, com pilar no princípio da igualdade e voltados à proteção da classe operária. Materializados em direitos referentes à educação e proteção laboral, eles representavam uma resistência aos ditames impostos pela classe dominante da burguesia.

A respeito disso, Brandão e Gauer (2015, p. 142) explicitam, de forma sucinta, a situação que deu margem para a mudança de paradigma:

A liberdade apregoada na primeira geração dos direitos humanos traduzia em liberdade de iniciativa econômica pela burguesia, agora também politicamente fortalecida, possibilitou um notável desenvolvimento industrial e econômico. Entretanto, os beneficiários desse desenvolvimento foram os próprios burgueses, os quais, aproveitando-se do poder político que agora dispunham, utilizavam-se do Direito e do aparato estatal para consolidar a exploração da população que necessitava vender a sua mão de obra.

Nesse processo histórico, a positivação dos direitos decorre de atos que assolaram os interesses da humanidade, e não foi diferente com o advento da Era das Constituições. Diante dessas transformações, surgem duas Constituições vitais para o fortalecimento dos direitos individuais e de bases sociais, reguladas pelo princípio da igualdade e pela construção de um Estado não mais liberal, mas social, voltado aos interesses da classe minoritária.

Entre elas, destacou-se a Constituição Mexicana de 1917, que, entre diversos direitos, buscou proteger os trabalhadores frente aos abusos da Era Moderna, assinalada pelo Estado Liberal. Seu objetivo era reconhecer direitos como os da gestante, a limitação da jornada de trabalho, a garantia de dias de descanso, o salário mínimo e a responsabilização dos empregadores por acidentes laborais.

Na mesma linha, a Constituição de Weimar (1919), elaborada em meio à precária situação da Alemanha após a Primeira Guerra Mundial, com a extinção da monarquia. Essa

Carta conjugava características individualistas e coletivistas, influenciada por ideais ocidentais e russos. Seu propósito era democrático, enfatizando a igualdade cívica entre homens e mulheres, além de estender proteções a estrangeiros, garantindo direitos como maternidade, aposentadoria, trabalho e amparo à classe operária.

Todavia, apesar dos avanços constitucionais pós-Primeira Guerra, o mundo testemunhou episódios de grave desrespeito aos direitos humanos. Com a nomeação de Hitler em 1932, o Partido Nacional dos Trabalhadores Alemães emendou a Constituição de Weimar, suprimindo todas as conquistas até então alcançadas.

No mesmo período, consolidou-se o fascismo na Itália, liderado por Benito Mussolini, que recorreu à violência excessiva para impor seus ideais nacionalistas e militaristas.

Frente a essa conjuntura, a Alemanha, aliada à Itália e ao Japão, empenhou-se em expandir seu território e difundir ideologias extremistas de exclusão e morte, dando ensejo à Segunda Guerra Mundial, que envolveu praticamente todos os países do globo terrestre. O conflito terminou com a derrota desses regimes e o subsequente julgamento de seus líderes, funcionários e militares pelos crimes cometidos durante a era Hitler, no Tribunal de Nuremberg (1945).

Diante desses eventos, surgiu uma nova corrente reformista e protetora dos direitos humanos, mais focada em limitar o poder estatal perante os acontecimentos recentes.

Nesse cenário, a Carta das Nações Unidas (1945) preocupou-se em assegurar os interesses de qualquer cidadão. Evidencia-se que os horrores do regime nazista foram determinantes para estabelecer tais limites em prol da liberdade universal (Bobbio, 1992). Afinal, a Carta instituiu a Comissão de Direitos Humanos, que, por meio da Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1948, aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dando início, segundo novamente Bobbio (1992), à terceira fase dos direitos fundamentais.

Ainda para Bobbio (1992), os direitos humanos positivados não derivam de um ‘estado de natureza’, — conceito utilizado apenas como argumento para justificar racionalmente certas demandas humanas. Segundo o autor, o real surgimento de alguns direitos deriva das lutas e movimentos travados pelos homens, cujas razões devem ser buscadas na realidade social da época e não no estado de natureza, pois este revela a hipótese abstrata de um estado simples, primitivo, em que o homem vive com poucos carecimentos essenciais, oposto ao mundo de onde derivou toda a gama de Direitos Fundamentais que hoje se conhece.

Bobbio (1992) também identifica nesse período uma convergência com os princípios kantianos, que valorizam a racionalidade humana na positivação dos direitos, defendendo que o ser humano deve ser tratado como fim em si mesmo, nunca como meio para interesses alheios.

Dessa trajetória, emergiu um texto basilar que serviu de modelo para a formulação de diretrizes — diretórios nacionais — dos Estados que se intitulavam democráticos e de direito, seguindo parâmetros euro-americano, já que tais conquistas decorreram das revoluções ocorridas na Europa e nos Estados Unidos.

Brandão e Gauer (2015, p. 143) trazem o resumo dos direitos de 2^a geração, extraídos do princípio da igualdade:

[...] os direitos de segunda geração são extraídos tanto da referida Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1996, sendo sintetizados nos seguintes direitos: a) direito ao trabalho; b) direito a uma remuneração equitativa; c) direito à uma previdência social; d) direito às condições dignas de trabalho; e) direito à organização sindical; f) direito de greve; g) direito à cultura e ao lazer; h) direito à educação; i) direito a um nível socioeconômico de vida digna; j) direito à saúde.

Por último, emergem os direitos da 3^a geração, vinculados à solidariedade, fazendo alusão à ideia iluminista da fraternidade, que reportam importância aos preceitos que dizem respeito ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, à paz e ao desenvolvimento.

2.2 Contexto geral da construção dos direitos fundamentais invioláveis

Após essa viagem histórica acerca da construção e evolução dos direitos fundamentais, pode-se concluir que os mesmos foram formulados em meio a lutas e conquistas sociais, mas sempre com um propósito maior de proteger o indivíduo, de acordo com o contexto social em que estavam inseridos. Dessa maneira, os direitos de 1^a geração decorreram da luta contra o Estado Absolutista, pela classe da burguesia, que, vendo apenas seus próprios interesses, oprimiram uma classe minoritária, denominada operária, o que fez eclodir os de 2^a geração, pensados a partir da necessidade da busca pela igualdade social, diante da desigualdade à qual a sociedade estava acometida. E, por fim, os de 3^a geração, regados pelo conceito da solidariedade, que se subverte nos interesses da coletividade.

Nessa linha, entende-se que os direitos fundamentais diferem das regras jurídicas, aplicadas apenas pela técnica da subsunção (ajuste do fato ao enunciado normativo pré-existente). Eles exigem uma maior compreensão, pois são aferíveis por meio da técnica de ponderação, que cinge em valorar o bem jurídico contido na norma, a fim de sempre aprimorar sua aplicação, evitando a estatização do bem jurídico tutelado. Como muito bem asseverou

Bobbio (1992, p. 26), “a efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana”.

Desse modo, os direitos fundamentais são “paradigmas referenciais éticos” (Chadid, 2015, p. 108), pois servem como um ideal a ser seguido na padronização de ideias.

Em sua origem, tinham uma característica essencialmente protetiva, garantindo as liberdades individuais contra atos arbitrários do Estado — o chamado efeito vertical. Hoje, no entanto, está pacificado o entendimento de que também se aplicam às relações privadas, em razão do seu efeito horizontal.

De acordo com Chadid (2015, p. 108),

[esse] novo “olhar” ampliou significativamente o alcance dos direitos fundamentais, fazendo surgir novos deveres nas relações privadas e aumentando significativamente as possibilidades e vertentes jurídicas para a implementação de sua proteção, ainda não definitivamente consolidadas, principalmente no que se refere aos chamados “direitos morais”.

Diante disso, tal aplicação é forte nas relações privadas, devendo ser respeitados e valorados na proporção dos interesses pretendidos, sem perder de vista o seu propósito de constituição: o respeito do homem como ser racional e digno de direitos.

Assim, a partir desse marco histórico, conclui-se que esses direitos detêm natureza inviolável, justamente em face dos fatores históricos que levaram ao seu reconhecimento. Considerando todas as fases históricas, principalmente a vivenciada no século XIX — quando, apesar da existência da regulamentação desses direitos, eles foram repudiados por certas ideologias vigentes —, é de suma importância reconhecer sua característica inviolável de forma congênita, para que jamais possam ser novamente vilipendiados.

2.3 A positivação dos Direitos fundamentais no Brasil

O Brasil, até a formação da Constituição Federal de 1988 — qualificada como ‘Constituição Cidadã’ —, passou por vários processos sociais influenciados por fatores históricos ocorridos desde a Idade Moderna até a chamada ‘Idade da Constituição’, como abordado no tópico anterior. Cada alteração na percepção do cidadão em sociedade refletiu-se na construção do texto constitucional, como se pode observar hodiernamente. Em suma, cada marco histórico contribuiu para a positivação de direitos que assegurassem o respeito à dignidade da pessoa humana.

Como ilustração desse processo, tem-se a colonização dos indígenas e povos nativos do Brasil com a chegada dos europeus. Ao desembarcarem na América, os colonizadores depararam-se com uma diversidade étnica dotada de hábitos, crenças e línguas distintos dos seus. A História relata que, sem qualquer ressalva, os povos originários, assim como os escravizados trazidos à força, foram obrigados a abandonar suas essências e adaptar-se aos novos costumes impostos pelos colonizadores (Brandão, 2021).

Dessa herança histórica, deriva-se a importância do respeito às diferenças étnico-raciais, de crença e de cultura defendida pela atual Constituição, formulada à luz da alteridade pretendida. Contudo, o avanço somente foi alcançado após sucessivas lutas sociais, culminando na criação de uma norma capaz de oferecer proteção a esses povos, considerando o progresso social de cada época.

Nesse percurso, vale ressaltar que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil teve sete Constituições, cada uma trazendo aspectos históricos marcantes do período em que foi elaborada. São elas: a) Constituição de 1824; b) Constituição de 1891; c) Constituição de 1934; d) Constituição de 1937; e) Constituição de 1946; f) Constituição de 1967; g) Constituição de 1969.

2.3.1 As Constituições da Era Contemporânea

Nesse intervalo histórico, o Brasil vivenciou a promulgação da Constituição de 1824 e da Constituição de 1891.

Influenciada pelos conceitos principiológicos universais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Constituição de 1824 (Constituição Imperial), preocupou-se com os direitos de 1^a dimensão, centrados na liberdade, em detrimento dos abusos cometidos contra o governo monárquico autoritário e arbitrário, principalmente no aspecto liberal das crenças, pensamentos, manifestações e do direito de propriedade — este último tido como um ponto de grande relevância para caracterizar a dignidade da pessoa humana (Cunha Júnior, 2012).

Posteriormente, houve a promulgação da Constituição de 1891, que regeu sob o contexto pós-imperial, durante o período republicano. Nessa nova fase, enfatizaram-se não apenas a liberdade, mas também a igualdade, conceitos decorrentes dos efeitos negativos do Estado Liberal. Entre suas inovações, essa Constituição trouxe a importância do sufrágio (ainda que restrito aos homens), da liberdade, (relacionada à associação, reunião e religião), da

igualdade e da defesa dos direitos dos presos, incluindo o ‘remédio’ constitucional do Habeas Corpus.

2.3.2 Constituições da Era Constitucional até o retrocesso social

Trata-se do período da promulgação das Constituições de 1934, 1937 e 1946. Nessa linha, perpetuando na continuidade dos direitos sociais e do Estado Republicano, adveio a Constituição de 1934, que se preocupou com o direito adquirido, como a proibição da prisão por dívida, a assistência judiciária gratuita, bem como com diversas garantias ao trabalhador.

É evidente que todos os direitos, até então, estavam voltados a diminuir as desigualdades criadas pela Revolução Industrial, e pela divisão de classe entre operários e burgueses, que, com intuito apenas em seus interesses capitalistas, negligenciaram a necessidade de respeitar a dignidade do trabalhador.

Em vista disso, a Constituição de 1934 preocupou-se em estabelecer o salário mínimo, sua equiparação, tal como a proibição do trabalho infantil. Porém, os avanços, até então conquistados, foram interrompidos durante a famigerada Era Vargas, com a Constituição de 1937, vigente até 1946.

Esse momento histórico caracterizou-se pelo totalitarismo, sob forte influência do fascismo e do nazismo, marcado pela supressão de direitos fundamentais, o fechamento do Congresso e a proibição da maioria dos partidos políticos. Naquele período, representou o fim da liberdade política e de pensamento, controlados pelo governo por meio da Polícia Especial e do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). Por outro lado, o governo concentrava amplo poder decisório, legislativo e judiciário, julgando a todos arbitrariamente por intermédio do Tribunal de Segurança Nacional.

Diante do exposto, a violação dos direitos ali formalizados evidenciou a necessidade de garantir não apenas direitos fundamentais, mas também invioláveis, com o propósito de garantir maior segurança jurídica e estabilidade ao povo brasileiro. Afinal, de que adiantavam os direitos fundamentais à essência humana se podiam ser facilmente violados?

Com o declínio da Era Vargas e do totalitarismo, surgiu a necessidade de mudança, restaurando-se os direitos já conquistados. Logo, emerge a Constituição de 1946.

Conforme sintetiza Marcelo de Freitas (2022, p. 76):

A Constituição de 1934 teve capacidade de inovar na consagração dos direitos fundamentais, entretanto, em 1937, com o totalitarismo, os direitos do homem

foram suprimidos. A Carta Constitucional de 1946 reforçou os direitos fundamentais, estes foram reconhecidos nos capítulos referentes à Nacionalidade e a Cidadania e dos Direitos e Garantias Individuais. Tal Constituição voltou a proibir a pena de morte e de prisão perpétua, restaurando, assim, mecanismos de garantia dos direitos fundamentais.

Embora se trate de um acalanto de cidadania, a conquista não perdurou por muito tempo.

2.3.3 Retrocesso de todas as conquistas

Apesar do reconhecimento dos direitos universais, consagrados na Constituição de 1946, o Brasil vivenciou um grave retrocesso com as Constituições de 1967 e 1969. Ambos os documentos denunciam o período mais sangrento da história do Brasil. Sob a égide do Regime Militar, que justificava sua intervenção política como necessária para melhorar as condições da população, instalou-se o totalitarismo e o autoritarismo, já vivenciados anteriormente na Era Vargas (Silva, 2014).

Nesse quadro repressivo, houve violação de todos os direitos, especificamente os relacionados à privacidade, à vida, à propriedade, à imagem e à honra. Por essa razão, tais direitos foram definidos no art. 5º da atual Carta Magna como de natureza fundamental. A Ditadura no Brasil foi marcada pela cassação dos direitos políticos dos opositores ao Governo, sem necessidade de acusação formal, e pela permissão da pena de morte. Outro aspecto relevante foi a criação de diversos centros de tortura em todo o país.

Em 1979, foi promulgada a Lei de Anistia, que perdoou todos os militares responsáveis por crimes durante o regime militar. Tal legislação só foi revogada em 2012, o que possibilitou a penalização dos atos cometidos entre 1946 e 1988 (Silva, 2014).

Para entender por quais motivos tais direitos foram posteriormente qualificados não apenas como constitucionais, mas também como invioláveis, é necessário citar o Relatório da Comissão da Verdade. No entendimento de Souza (2017, n.p.):

[o] relatório final, divulgado em 2014, apontou 434 vítimas entre mortos e desaparecidos e mostrou também 377 responsáveis pelos crimes cometidos no período. Embora a comissão não tenha poder de punição, defende que os 196 responsáveis ainda vivos sejam levados à Justiça.

Acrescenta-se que

[no] Brasil, a radiografia dos atingidos pela repressão política ainda está longe de ser concluída, mas, conforme levantamento da Comissão Especial sobre

Mortos e Desaparecidos Políticos da SEDH-PR, sabe-se que pelo menos 50 mil pessoas foram presas somente nos primeiros meses da ditadura militar e cerca de 20 mil brasileiros passaram por sessões de tortura. Além disso, existem 7.367 acusados e 10.034 atingidos na fase de inquérito em 707 processos judiciais por crime contra a segurança nacional, sem falar nas milhares de prisões políticas não registradas, nas quatro condenações à pena de morte, nos aproximadamente 130 banidos, nos 4.862 cassados, nas levas de exilados e nas centenas de camponeses assassinados. Ainda conforme levantamento feito pela Comissão Nacional da Verdade, 191 brasileiros que resistiram à ditadura foram mortos, 210 estão até hoje desaparecidos e foram localizados apenas 33 corpos, totalizando 434 militantes mortos e desaparecidos. E os agentes dos órgãos de repressão do Estado que foram até agora identificados, responsáveis pelas torturas e assassinatos, totalizam 337 (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019, n.p.).

Diante do exposto, percebe-se o fundamento pelo qual os direitos (vida, intimidade, honra e privacidade) diretamente infringidos durante o regime militar foram incluídos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 como cláusulas imprescindíveis e invioláveis. Portanto, tudo o que hodiernamente se relaciona a esses direitos deve ser analisado à luz de sua formação histórica e da finalidade do legislador em posicioná-los no ápice da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.4 Constituição Federal de 1988

Com o intuito de restaurar a democracia e o Estado Democrático de Direito, foi promulgada, em 1988, a Constituição Cidadã. Trata-se de uma norma com propósito protetor e garantista. Ela é ‘protetora’, porque nasce a contar de um contexto histórico governamental opressor e descumpridor do seu papel garantista. Desse modo, tem o papel de proteger o cidadão de qualquer arbitrariedade do Estado. Todos esses direitos estatuídos pela Constituição Federal de 1988, no tópico dos direitos e garantias precisas, têm como propósito assegurar uma vida digna, sem interferência e opressão estatal.

Quando o juiz toma um processo de cunho protetor da dignidade da pessoa humana, como ocorre, por exemplo, com as causas envolvendo o direito à saúde (nos casos de negativa de autorização de um plano salutar), ele não está simplesmente julgando uma causa civil, porém uma causa que visa garantir a dignidade da pessoa humana, protegida e assegurada pela Constituição Federal. Tal postura garantista decorre diretamente dos fatos vivenciados. Vale lembrar que já houve uma Constituição anterior (1946), com o propósito de regulamentar direitos fundamentais, que foi infringida — o que explica o caráter enfático da atual Carta em assegurar essas proteções.

Para a Constituição Federal de 1988, não basta a regulação de direitos com um certo perfil, é necessária a garantia da obediência aos mesmos, no sentido de que não possam ser violados e, uma vez sendo, resultarão em responsabilidades punitivas à altura da sua natureza. Desse modo, consagram-se tanto os direitos fundamentais quanto as garantias fundamentais, ambos de natureza constitucional, em resposta a toda narrativa histórica anteriormente exposta. Para reforçar o entendimento,

[o] novo texto constitucional tinha a missão de encerrar a ditadura, o compromisso de assentar as bases para a afirmação da democracia no país e uma dupla preocupação: criar instituições democráticas sólidas o bastante para suportar crises políticas e estabelecer garantias para o reconhecimento e o exercício dos direitos e das liberdades dos brasileiros (Schwarcz; Starling, 2015, p. 488).

Face a essa realidade, evidencia-se que a Constituição Federal tem por finalidade ofertar ao cidadão direitos que os protegem tanto contra ações arbitrárias do Estado quanto contra a abusos de direito de qualquer cidadão. Tendo o desígnio de repreender e desestimular qualquer atitude que possa colocar em risco tais questões, dirigida ao Estado e ao cidadão comum, considera-se a eficácia vertical e horizontal quanto aos direitos fundamentais.

2.4 Conceito dos Direitos Fundamentais e características que fundamentam a sua importância

O resumo histórico dos direitos fundamentais é tão necessário para o estudo dessa matéria, que o conceito deles se encontra intimamente vinculado ao fator histórico de cada período. Tomando-se por base o que foi apreendido até este momento, esses direitos estão intrinsecamente ligados à dignidade do ser humano, ou seja, tudo que tenha relação com uma vida deve ser qualificado como imprescindível. Nessa linha de raciocínio, eles são um produto da civilização humana, construídos a cada etapa histórica percorrida pela humanidade. Alguns estudiosos, como Bobbio (2004), aduzem que há dificuldade em conceituá-los, justamente porque derivam do progresso e da construção da civilização, o que resulta em um conceito de natureza teórico-prático.

Aragão (2015) reflete que tais direitos supracitados derivam dos naturais, como defendem os jusnaturalistas. Todavia, o reconhecimento deles enquanto norma jurídica, como assevera Luño (2004), somente surge quando positivados. Dessa maneira, há necessidade da positivação, assim como da preservação da garantia deles.

Com o advento dos contratualistas, tornou-se necessária a positivação dos direitos que, até então, eram vistos como meras normas de conduta moral. Sob a perspectiva de Kelsen (1998), a positivação dos direitos fundamentais tornou-se um elemento essencial para o avanço da sociedade, até então regida predominantemente pelo Direito Canônico.

Dessa evolução, o conceito varia de acordo com a prioridade destacada no momento histórico. Brito (1998) define esses direitos aqui elencados como sendo os “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, direitos fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais”, entre outros.

Cada uma dessas denominações indica um período histórico, por exemplo: quando se diz que o direito fundamental é um tipo natural, retorna-se à fase do jusnaturalismo do período do Estado Absolutista; já quando se fala em direitos do homem, entende-se como o período da razão, em que o homem deixou de ser mero coadjuvante para se tornar protagonista das suas próprias escolhas, era antropocêntrica; por fim, quando se diz direito público subjetivo ou direito individual, retorna-se ao tempo do autoritarismo e da necessidade de limitação do poder estatal — e assim, sucessivamente.

De acordo com Alexy (2001, p. 241):

[...] direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos, universalmente garantidos a todos os seres humanos. Entende-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa ligada a um sujeito por determinada norma jurídica, inserido no ordenamento positivo constitucional.

Na mesma perspectiva, Luño (2004, p. 43) sustenta que esses direitos são:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

Complementando essa visão, Ferrajoli (1999, p. 38-39) sublinha:

[...] os direitos fundamentais constituem normativamente direitos de todos os membros de certa coletividade; assim, não são alienáveis ou negociáveis, já que correspondem a prerrogativas não contingentes e inalteráveis de seus titulares e a outros limites e vínculos inarredáveis para todos os poderes, tanto públicos como privados.

Como resultado, essa evolução jurídica consolida-se enquanto um equilíbrio social, que harmoniza a proteção das liberdades individuais com a atuação estatal positiva na garantia e efetivação tanto de direitos individuais quanto coletivos.

Na atualidade, observa-se uma Constituição alicerçada em três pilares: interesses estatais, individuais e difusos. Sua força normativa manifesta-se na limitação do poder estatal e na regulação das relações privadas. Embora se valorize a liberdade contratual, esta não pode ser exercida de modo a violar direitos fundamentais intransponíveis.

2.4.1 Características dos Direitos Fundamentais

Como historicamente observado, os direitos fundamentais foram evocados e positivados a partir da necessidade protecionista do ser humano em uma sociedade democrática de direito. Nesse sentido, o art. 5º da CF/88 estabelece, em seu bojo, a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade.

No que se segue, o mesmo artigo, em seu inciso X¹, declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas — todos esses vinculados à dignidade da pessoa humana, que, durante boa parte da história, foi negligenciada em prol dos interesses da coroa e de determinados governantes.

A propósito, a inviolabilidade deles significa que são únicos, incomparáveis a outros, hierarquicamente superiores aos demais ordenamentos jurídicos e, por isso, devem ser assegurados de forma diferenciada. Não por acaso, a própria Constituição exige quórum simples e qualificado para a aprovação de eventuais mudanças, ressaltando aqueles direitos que detêm natureza de cláusulas pétreas, que jamais podem sofrer alterações, apenas por meio de um novo Poder Constituinte. Tal rigor demonstra a preocupação do legislador com a proteção desses direitos, salvaguardando-os por meio de garantias de natureza constitucional, exatamente para conter o mesmo escopo protetivo de inalterabilidade e obediência.

Em decorrência disso, eles possuem características que nenhum outro possui. São inalienáveis (não podem ser vendidos ou trocados); imprescritíveis (não sofrem perda com o decurso do tempo); irrenunciáveis (são inerentes ao ser humano); universais (advêm de princípios de ordem natural); limitados (no sentido de limitarem a atuação estatal e por sofrerem limitação apenas por lei); históricos (construídos a partir das conquistas sociais históricas); e invioláveis (norma mandamental de caráter impositivo) (Pinto, 2009).

¹ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (Brasil, (1988) 2024).

Assim sendo, uma Nação que queira ser reconhecida enquanto um Estado de Direito deve antes positivar o respeito por esses direitos, porque são vitais para que o cidadão tenha dignidade. Mas cabe questionar: o que seria ser inviolável?

É importante destacar que todos os direitos estatuídos na Constituição não podem ser excluídos, pois representam o marco democrático do Estado que se considera de direito, e essa proteção advém exatamente da baliza histórica em que eles foram facilmente revogados. Diante do exposto, a Constituição Federal traz um texto crucial de um Estado Democrático de Direito, funcionando como um escudo do cidadão contra qualquer surpresa indigna ou que reduza a dignidade da pessoa.

Nessa linha, pode-se afirmar com clareza que a natureza normativa da inviolabilidade de um direito está intimamente ligada à necessidade da garantia da dignidade da pessoa. Como bem ilustra Francisco de Vitória (1992 *apud* Brandão, 2021, p. 172) na cátedra que lecionava, ao tempo da Idade Média: “Todo ser que pertence ao gênero humano é portador de dignidade, independentemente de qualquer condição, tais como status civis, condição de batismo e pertença à igreja, ou qualquer outro dado que se ponha”.

Por fim, nota-se que, embora a citação remonte a uma época anterior ao pleno reconhecimento desses direitos, seu conteúdo mantém-se atual, pois, desde então, iniciou-se a luta pela afirmação da dignidade de todo ser humano — independentemente de diferenças culturais, religiosas ou de classe social, que outrora serviam como critério de exclusão do indivíduo das decisões sociopolíticas.

2.5 Os Direitos Fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988

Para melhor atender ao objetivo deste estudo, torna-se imprescindível reportar-se ao texto constitucional na norma positiva, no qual tais direitos estão categorizados como fundamentais — em especial aqueles qualificados como invioláveis. Segundo a doutrina, os direitos fundamentais classificam-se em cinco grupos distintos: 1) individuais; 2) coletivos; 3) sociais; 4) direitos à nacionalidade, e 5) políticos.

Os direitos individuais são aqueles voltados ao indivíduo em si, como o direito à vida, à dignidade e à liberdade, entre outros. Quanto aos coletivos, referem-se à coletividade, ou seja, a um grupo de pessoas em situações homogêneas. No que tange aos sociais, consistem naqueles que demandam uma atuação positiva do Estado, como os garantidos à saúde, à educação, à moradia, entre outros. Sobre os direitos à nacionalidade, regulam o vínculo jurídico e político entre o indivíduo e o Estado. Por último, os direitos políticos dizem respeito à capacidade de

votar e ser votado, ou seja, à representatividade do cidadão no processo decisório estatal. Nessa conjuntura,

[por] todo o exposto, uma conclusão é inevitável e, por isso, salta aos olhos: a de que os direitos fundamentais, que são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, são mais do que necessários para assegurar a todos uma existência livre, igualitária, justa e digna. Por isso, o Estado não deve, apenas, reconhecê-los formalmente, pois é imperiosa a busca incessante e rotineira de sua plena concretização, incorporando-os à vida dos cidadãos. Somente assim se aperfeiçoará e se efetivará, definitivamente, o Estado Democrático de Direito, atendendo-se às justas e legítimas expectativas do povo brasileiro (Pinto, 2009, p. 140).

Vale salientar que este trabalho não tem o objetivo de abordar todos os direitos fundamentais, mas apenas aqueles de natureza inviolável. Todos eles estão estatuídos no art. 5º da CF/88, e sua análise, em meio ao contexto histórico, revela a intenção do legislador em assegurá-los de maneira inegociável. Trata-se, sem dúvida, de um resgate histórico em reconhecimento à dignidade do sujeito humano, que, em todas as épocas — seja no absolutismo (Antiguidade), no liberalismo (Idade Moderna), no Estado Social (Contemporaneidade) ou no Estado Democrático de Direito (Constitucionalismo) —, sofreu com os abusos de governantes. Diante disso, é pertinente preocupar o legislador em evitar qualquer interpretação retórica que fragilize tais garantias, conferindo-lhes proteção reforçada em comparação a outros direitos, inclusive os demais previstos na própria CF/88.

Dessa premissa, evidencia-se a necessidade de assegurá-los. Sob a ótica da teoria kelseniana, a norma constitucional é completa e dualista, pois estabelece, em um mesmo contexto, a regra e sua sanção. Dessa forma, não há necessidade de buscar mecanismos legais externos de proteção, uma vez que a próxima Constituição Federal já os contempla de maneira autossuficiente (Kelsen, 1998). A título de ilustração, cita-se o seguinte julgado da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. DANO MORAL. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANO IN RE IPSA. Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos

moraes, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta (Leite, 2020, n.p.).

Como pode ser observado, a violação de direitos invioláveis difere qualitativamente da transgressão a direitos violáveis quanto às consequências jurídicas. Na prática, trata-se de norma que, em sua própria epistemologia, já encerra um corolário punitivo — como se evidenciará adiante —, o qual se converte em mecanismo compensatório quando da ocorrência de sua violação.

2.6 Os Instrumentos garantistas dos Direitos Fundamentais de 1988

Os direitos fundamentais de natureza inviolável trazem, em seu texto normativo, uma resposta àquele que infringir a lei. Trata-se de uma norma punitiva congênita. Para além disso, a fim de melhor elucidar a relação entre norma e sanção, é necessário estabelecer a distinção entre o que são os direitos fundamentais e o que constitui as garantias fundamentais.

Silva (2003, p. 411) fez essa distinção de forma bastante elucidativa ao afirmar: “O leitor verificará alí, em suma, que os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”. Como consequência direta do exposto, os direitos fundamentais correspondem àqueles garantidos ao cidadão para assegurar-lhe uma vida digna. Nesse viés, a CF/88 traz em seu bojo os mecanismos protetivos, isto é, descreve os instrumentos que garantem a inviolabilidade desses direitos, configurando-se como norma de caráter sancionatório.

Com o intuito de aprofundar a análise, recorre-se ao conceito garantista de Ferrajoli (2010, p. 785-786, grifos nossos):

Garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Vale mencionar que, apenas os direitos fundamentais de característica inviolável detêm essa punição inerente ao seu postulado normativo. Quanto aos demais, não caracterizados a tal

aspecto, estão inseridos na Norma Constitucional e são assegurados a partir de uma outra norma de caráter punitivo e preventivo — *habeas data* e *habeas corpus*.

Tal característica sancionatória da norma constitucional decorre de uma interpretação gramatical do próprio texto legal, pois quando se diz são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, por exemplo, no art. 5º, inc. X da CF/88 (Brasil, 1988 [2024]), no mesmo texto, que atribui o dever ser, já há a segurança da norma, ao afirmar, que assegurado o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente da violação.

Dessa premissa, já se pode, *a priori*, afirmar que, havendo violação aos direitos invioláveis, a consequência será punitiva e não meramente indenizatória, porque o texto traz isso de forma expressa. Trata-se efetivamente de ‘sanção’, e não simplesmente de ‘indenização’, sendo esta consequência juridicamente vinculada à violação dos direitos da personalidade no âmbito civil, os quais possuem caráter inviolável.

Em consonância com tais preceitos, são salutares as lições extraídas de Silva (2003), ao afirmar que os direitos, no fim, são vantagens e bens conferidos perante a norma, enquanto as garantias seriam os meios destinados a os fazer valer. Desse modo, pode-se afirmar que esses tidos como ‘invioláveis’, uma vez desrespeitados, exigem uma punição proporcional à gravidade da violação, considerando a finalidade social da norma. Porém, em que contexto o Código de Defesa do Consumidor atua como instrumento garantidor da proteção dos direitos invioláveis?

A resposta já insinua no próprio nome: ‘Código de Defesa do Consumidor’. Tal nomenclatura por si só demonstra tratar-se de um instrumento garantidor dos direitos do consumidor, reconhecido como parte vulnerável em razão da assimetria econômica inerente às relações de consumo.

Ao retroceder à avaliação histórica, constata-se que a Revolução Industrial provocou uma transformação significativa no panorama social global. Nesse período, o avanço tecnológico e a produção em massa trouxeram desafios inéditos, como a estratificação social em classes, a necessidade de proteção de minorias e deficiências na qualidade dos produtos.

Diante de tal realidade, surgiram diversos ordenamentos jurídicos com o objetivo de proteger direitos fragilizados pela liberdade econômica desmedida. Esse processo evolutivo conduziu ao que se denomina ‘sociedade de risco’, na qual as empresas, focadas primordialmente na maximização de lucros, negligenciam a qualidade dos produtos inseridos no mercado. Nesse cenário, assumem objetivamente os riscos decorrentes de sua atividade, independentemente da comprovação de culpa, dada a natureza intrínseca de suas operações.

Frente à equação, o consumidor surge como figura vulnerável, em evidente desvantagem tanto financeira quanto técnica perante as grandes corporações. Vale destacar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) possui status constitucional, tendo sido instituído por mandamento expresso da Constituição Federal de 1988. Seu escopo principal é garantir a dignidade da pessoa humana — especificamente do consumidor, reconhecido como parte vulnerável nas relações de consumo.

Assim sendo, constata-se que o CDC materializa o princípio da isonomia, ao assegurar tratamento igualitário entre iguais e desigual na medida exata das diferenças, protegendo especificamente a parte vulnerável da relação consumerista. Essa diretriz consagra o direito fundamental previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Em síntese, conclui-se que o CDC é uma norma de natureza pública, cujo conteúdo é voltado à proteção do vulnerável. Com base nessa finalidade, o legislador elaborou diversos institutos com o objetivo de assegurar a inviolabilidade dos direitos dos consumidores. Entre eles, citam-se alguns, como o art. 4º, inciso III², que trata da boa fé objetiva; o art. 6º, inciso VI³, que prevê a possibilidade de cumulação do dano material e moral; o art. 6º, inciso VIII⁴, que estabelece a facilitação da defesa do consumidor. Além disso, o art. 7º, *caput*⁵, que assegura a interpretação das leis favoráveis ao consumidor; enquanto seu parágrafo único⁶, assim como os art. 18, *caput*⁷, art. 20⁸ e art. 25, §1º⁹ que regulam a solidariedade passiva nos casos de vício

² “Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (Brasil, 1990, art. 4).

³ “A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (Brasil, 1990, art. 6, inciso IV).

⁴ “A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (Brasil, 1990, art. 6, inciso VIII).

⁵ “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivam dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade” (Brasil, 1990, art. 7).

⁶ “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (Brasil, 1990, art. 7, parágrafo único).

⁷ “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas” (Brasil, 1990, art. 18).

⁸ “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha” (Brasil, 1990, art. 20).

⁹ “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores” (Brasil, 1990, art. 9, parágrafo 1).

do produto. Não menos relevantes são os artigos 12¹⁰, 14¹¹ e 6º e o inc. VI¹² (responsabilidade objetiva); art. 24¹³ (reconhecimento da garantia legal após expirar o prazo da garantia contratual); art. 25¹⁴ (proibição de cláusula abusiva); art. 28¹⁵ (possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica pela teoria menor).

Analizando os institutos, percebe-se a nítida preocupação do legislador em proteger amplamente o consumidor. Tal postura decorre do reconhecimento do direito do consumidor como direito fundamental inviolável, de natureza constitucional e, por isso, dotado de caráter de ordem pública.

Nessa linha, a norma consumerista apresenta indiscutível caráter público, razão pela qual seus princípios e dispositivos normativos demandam interpretação sistemática que priorize a efetividade dos direitos nela consagrados. A título de ilustração,

[...] quando falamos em relação de consumo em sentido amplo e, de outro lado na responsabilização civil extracontratual do fornecedor de produtos e/ou serviços, é comum nos depararmos com conceitos privativistas que estão, de há muito, superados, não só pelos princípios informativos da relação de consumo contidos na lei consumerista (vulnerabilidade, hipossuficiência, transparência, boa-fé objetiva etc.), como também pela teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor, que advém dos deveres inerentes à atividade econômica, ou seja, da responsabilidade pelo risco da atividade (Melo, 2008, p. 14).

Essa interpretação constitucional revela-se fulcral para a construção do raciocínio dedutivo do presente estudo. Ao constatar a violação de um direito fundamental inviolável por ato ilícito decorrente de relação consumerista, a consequência jurídica transcende a mera esfera civil reparatória, assumindo caráter nitidamente compensatório. Tal natureza especial decorre

¹⁰ “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (Brasil, 1990, art. 12).

¹¹ “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (Brasil, 1990, art. 14).

¹² “A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (Brasil, 1990, art. 6, inciso VI).

¹³ “A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor” (Brasil, 1990, art. 24).

¹⁴ “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores” (Brasil, 1990, art. 25).

¹⁵ “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (Brasil, 1990, art. 28).

da intrínseca impossibilidade de restauração do *status quo ante* — premissa que será minuciosamente examinada neste trabalho, sob a ótica dos princípios constitucionais aplicáveis.

2.7 Organizando as ideias para prosseguimento do estudo

Em resumo, o presente capítulo abordou o estudo da construção histórica dos direitos fundamentais, com o intuito de promover uma reflexão sobre a razão de sua elevada relevância, bem como sobre a necessidade de assegurar sua inviolabilidade. Outro aspecto relevante é que as normas que garantem tal inviolabilidade possuem caráter punitivo, visto que, tratando-se de direitos invioláveis, basta a comprovação da infração para que a punição seja aplicada, dispensando-se outras provas, como a demonstração de dano ou mesmo de culpa — sobretudo em situações de consumo, que constituem o foco do estudo em questão.

3 DANO MORAL

De início, prossegue-se o estudo sob uma ótica constitucional da defesa dos direitos invioláveis do consumidor, tomando o dano moral — como já abordado preliminarmente no capítulo anterior — como garantia definida pela norma constitucional e pelo direito do consumidor, com o objetivo de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais previstos no art. 5º e seus incisos da CF/88, bem como dos demais direitos invioláveis presentes nas normas infraconstitucionais.

Com base nesse trabalho preliminar, é possível afirmar que o arbitramento do dano moral, objeto desta pesquisa, possui base principiológica constitucional, de natureza pública, e situa-se hierarquicamente no nível mais elevado da moldura normativa estabelecida pelo legislador. Ressalta-se que tais relevâncias jurídicas não podem ser ignoradas pelo julgador no momento da prolação da sentença. Todavia, essa perspectiva constitucional sobre o instituto jurídico do dano moral — e, por decorrência lógica, sobre a importância do valor a ser arbitrado após sua constatação — decorreu da valorização e da necessidade de mudança de paradigma em relação ao tratamento do instituto jurídico.

Nesse viés, a autonomia do dano moral na esfera consumerista, desvinculada dos reflexos dos danos patrimoniais, resultou de conquistas históricas, como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, da hipossuficiência do consumidor e da existência de uma sociedade de risco. Vale realçar que esta última emergiu a partir do crescimento das grandes empresas e da produção em massa, fatores que exigiram uma abordagem mais humana e protetiva referente à parte vulnerável da relação consumerista.

Por fim, a aplicação da lei em casos que envolvem o direito do consumidor — especificamente nas situações de violação de direitos fundamentais invioláveis — deve refletir o padrão de comportamento esperado pela boa-fé objetiva nas práticas de consumo.

3.1 Resumo Histórico da Valorização do Dano Moral

Para estudar o contexto histórico do dano moral, é necessário compreender, primeiramente, o avanço da responsabilidade civil, que inicialmente se baseava em uma concepção de justiça punitiva e, posteriormente, assumiu uma perspectiva corretiva.

Nesse percurso histórico, a transformação da responsabilidade civil teve início na Antiga Roma, onde predominava a ideia de vingança contra o ofensor. Em um primeiro momento, essa retaliação era aplicada coletivamente, cabendo ao grupo determinar a penalidade

imposta ao agressor. Mais adiante, com a Lei de Talião, a decisão tornou-se individualizada, passando a ser de responsabilidade do ofendido ou de seu representante definir a punição adequada. Independentemente da forma de aplicação, ambas as abordagens baseavam-se no princípio da vingança, caracterizada por um caráter físico, extrapatrimonial e punitivo.

Vale sublinhar que, desde o Código de Hamurabi (Império Babilônico, entre 1792 a.C. e 1750 a.C., escrito em 1772 a.C.) (Polícia Militar do Estado de São Paulo, s.d.), já havia uma preocupação em responsabilizar aqueles que violavam a esfera jurídica alheia, principalmente no aspecto moral. A título de ilustração, Zenun (1998) menciona os capítulos IX e X do referido código ao tratar de injúria e difamação de membros da família, destacando o art. 127¹⁶. Nota-se que, embora houvesse uma atenção ao dano puramente moral, a reprovação da conduta estava mais direcionada a penalidades físicas, refletindo a rigidez da época, conforme evidenciado pelos diversos artigos da Lei de Talião presentes no Código de Hamurábi¹⁷.

Esses registros históricos demonstram que já existia uma preocupação com a reprovabilidade do dano, ainda que suas consequências se limitassem a punições corporais, como se observa na Lei das XII Tábuas (período da República Romana, 451 a.C.) (Polícia Militar do Estado de São Paulo, s.d.). Seu art. 2º¹⁸, por exemplo, conferia ao ofendido a liberdade de escolher a forma de reparação que melhor lhe satisfizesse pelo prejuízo causado pelo ofensor. No entanto, pode-se afirmar que, entre uma norma e outra, já havia indícios de que o dano moral poderia ser compensado de forma pecuniária, embora mantivesse um caráter punitivo. Um exemplo emblemático disso encontra-se no livro de Deuteronômio (atribuído a Moisés)¹⁹, que registra a obrigatoriedade de o homem casar-se com a mulher cuja reputação foi difamada, além de compensar o pai da moça financeiramente, incitando de forma precoce a compensação civil para atos ilícitos.

Diniz (2010, p. 13) sintetiza esse período violento de reparação dos ilícitos:

Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de

¹⁶ “Se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar se deverá arrastar esse homem perante o juiz e tosquiá-lo a fronte” (Polícia Militar do Estado de São Paulo, s.d., art. 127).

¹⁷ 1172, Art. 196 - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho;
Art. 197 - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso;
Art. 200 - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes;
Art. 202 - Se alguém espancar outro mais elevado que ele, deverá ser espancado em público sessenta vezes, com o chicote de couro de boi;

Art. 209 - Se alguém atinge uma mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ‘siclos’ pelo feto (destaque meu);
Art. 2110 - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele (Polícia Militar do Estado de São Paulo, s.d.).

¹⁸ Tábua Sétima - 2: Se alguém causar um dano premeditadamente, que o repare (Polícia Militar do Estado de São Paulo, s.d.).

¹⁹ Deuteronômio 22:13-30 (Bíblia Sagrada, 2023).

Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. Na lei das XII Tabulas, aparece significativa expressão desse critério na tabula VII, lei 11^a : “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, tálío esto*” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo). A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.

Com o passar do tempo, consolidou-se uma concepção mais racionalizada da vida em sociedade, na qual os julgamentos passaram a ser pautados pela razão humana, e não apenas pela vontade divina expressa por meio dos soberanos. Dentro desse processo, instaura-se a ‘justiça corretiva’, caracterizada pela distinção dos ramos jurídicos, que emergiu da Lei que rege, até hoje, as relações extracontratuais, denominada Lei de Aquiles (*Lex Aquilia* — séc. III d.C.), a partir da percepção de Justiniano (Zenun, 1998). Como parte da mudança, insere-se a responsabilidade patrimonial, ou seja, aquela que atinge o patrimônio do ofensor e não mais apenas seu bem físico.

Avançando nessa direção, assoma a necessidade de separar os ramos do direito civil e penal, para melhor tratar as condutas e as consequências decorrentes da violação de cada norma. Dessa transformação, resulta uma nova forma de responsabilidade pelos atos ilícitos, que deixa de ter um caráter vingativo, com efeitos físicos, e passa a ter um caráter corretivo, com efeitos patrimoniais.

Clayton Reis (1999, p. 26) complementa a visão romana deturpada sobre como deveria ocorrer a responsabilidade pelos ilícitos antes da mudança filosófica aquiliana, afirmando que:

Na realidade, os romanos não tinham uma exata e precisa noção a respeito dos danos ocasionados à intimidade da pessoa, certamente porque confundia-se com frequência pena e indenização. A simplicidade do sentimento jurídico da época não conseguia estabelecer a correta distinção entre o caráter patrimonial e não patrimonial do dano. A ideia arraigada no espírito das pessoas naquele período histórico, destacava o fato de que as ofensas pessoais clamavam por vingança e os ofensores deveriam ser alvo de castigo corporal. Mesmo assim, a *actio injuriarum aestimatoria* tinha como pressuposto formal assegurar a reparação de natureza satisfeita, ou seja, a condenação do lesionado ao pagamento de uma determinada importância a título de reparação a uma ofensa que representava uma penalidade ao ofensor.

Somente após essa ruptura é que se vislumbra o nascimento do dano moral, convergindo para uma responsabilidade eminentemente patrimonial, porém, ainda reflexo da responsabilidade pelos danos materiais.

Quanto à etimologia, o termo ‘responsabilidade’, sob essa ótica patrimonial, deriva do latim *spondeo*, que tem origem no vocábulo *respondere*, significando ‘prometer em troca’. Fiúza (2013) traz um conceito polissêmico do termo, afirmando que ‘responsabilidade’ possui duas acepções: uma no sentido de ser diligente, cauteloso nas ações, e outra no sentido de responder pelos atos praticados. Ou seja, trata-se de uma palavra que implica tanto um dever quanto uma sanção.

Na mesma esteira, Bodin de Moraes (2007) constata que o conceito patrimonial ocorre enquanto parte de uma evolução social rumo a um comportamento mais ético, racional e menos violento. Nas palavras dela, “[com] a instituição social da pessoa nasce o conceito eticamente básico de responsabilidade, que é tanto a vocação de responder ante os outros quanto ser responsável pelos outros” (Moraes, 2007, p. 20). No entanto, apenas com os valores exaltados pelos movimentos franceses e ingleses (séc. XVIII), que destacavam a necessidade de respeito à dignidade humana e o tratamento do homem enquanto um ser de direitos, vingou a ideia de julgamentos pautados em princípios como liberdade, igualdade e coletividade. Tais ideais ressurgiram nos fundamentos das Constituições atualmente vigentes.

Não se pode ignorar que as conquistas ocorridas na época da Revolução Francesa foram percebidas não apenas na França, mas também em um âmbito global, sendo amplamente absorvidas pelo Código de Napoleão (1804). Esse código, de maneira geral, incorporou todas as mudanças advindas a partir da Revolução Industrial, promovendo a ideia de responsabilidade civil decorrente do ato ilícito absoluto, pautado na culpa.

Por derradeiro, o Código de Napoleão foi o arcabouço principiológico de todas as legislações mundiais acerca da responsabilidade civil, pautada pela ‘Teoria Clássica da Culpa Subjetiva’. O Código Civil, vigente em Portugal (de 1996 — com as alterações de 1977), ainda traz essa característica da necessidade da comprovação da culpa como requisito essencial para a responsabilidade civil em seu artigo 483²⁰.

A partir da inserção da culpa, enquanto elemento caracterizador da responsabilidade civil, pode-se dizer que houve uma transição na forma de responsabilizar alguém, agora com um caráter menos punitivo e mais reparador e corretivo.

Sob a influência napoleônica, a responsabilidade passou a seguir uma ideia de restituição ao *status quo ante*, ou seja, o julgamento deveria servir para devolver ao lesado o estado anterior da coisa antes da prática do ato ilícito, restaurando o equilíbrio da relação

²⁰ “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (Portugal, (1966) s.d., art. 483).

jurídica. Porém, essa responsabilidade também era fundamentada sob o viés da culpa subjetiva. Doutrinas como a de Rosenvald (2017) criticam tal abordagem, denominando-a uma fase em que a responsabilidade não atingiu plenamente seu propósito reparador. O principal obstáculo era a necessidade de comprovação da culpa, comumente transformada em uma ‘prova diabólica’, dificultando o reconhecimento do direito e a devida reparação.

A justificativa para essa mudança residia na necessidade de dissociar o direito penal do direito civil, porque até então os institutos eram conexos, levando a julgamentos mais severos e com um viés punitivo. Com o iluminismo, a distinção dos institutos trouxe a necessidade de comprovação da culpa para o julgamento de causas referentes à responsabilidade por ato ilícito. Naquela época, a constatação da culpa aprimorava o fundamento jurídico de uma decisão, reduzindo os abusos e arbitrariedades características.

No Brasil, tal subdivisão ocorreu em 1830, quando o Código Penal foi separado em Código Civil e Código Criminal, durante a fase da Constituição do Império. Assim, sobrevém o princípio da independência entre as jurisdições civil e criminal, conhecido até hoje:

A Constituição do Império (25/3/1824), como se sabe, prescreveu em seu art. 179, inciso XVIII: "Organizar-se-á quanto antes um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade". O Código Civil não veio o quanto antes, posto que só seria dado a lume em 1916 (Lei 3.071/16), mas, o código criminal sim, aprovado em 1830 e, por consequência, o código de processo criminal em 1832. Tais códigos, isto é, o criminal e o seu instrumental revogaram, naturalmente, o Livro V das Ordенаções Filipinas (Braga Netto, 2005, p. 1).

Nesse contexto de responsabilidade voltada à reparação do dano, condicionada à culpa subjetiva, emerge o Código Civil de 1916. Com o advento desse Código Civil, deixaram-se de lado as normas de bases teológicas, prevalecendo as orientações normativas impostas pela ordem democrática, porém sem abandonar completamente as raízes canônicas. Isso pode ser observado, por exemplo, na responsabilização do noivo que desiste do casamento (Promessa de Casamento), uma herança dos institutos esponsais que vigorou no Direito Canônico, permitindo ao noivo exigir a realização do casamento ou uma reparação equivalente, caso houvesse quebra da promessa por uma das partes.

Mesmo com o advento do Código Civil de 1916, há quem afirme a impossibilidade de reconhecer o dano eminentemente moral nessa época, pois seria impensável compensar a dor de alguém com dinheiro. Em suas palavras, Santana (2014, p. 119) pontua que:

Os adeptos da teoria negativista invocavam como argumento principal uma censura de ordem moral para excluir do campo indenizatório os valores extrapatrimoniais. Consideravam verdadeira imoralidade o pleito indenizatório consistente no pagamento em dinheiro para a dor experimentada em razão de qualquer ato ilícito. Segundo a referida corrente doutrinária, inconcebível atribuir um valor à dor, porquanto esta jamais poderia encontrar um preço correspondente (*pretium doloris*).

Curiosamente, antes da codificação civilista relativa ao dano moral, já existiam preceitos normativos que demonstravam a possibilidade de condenação por dano moral anteriormente à Constituição Federal de 1988. Contrariando parte da doutrina, alguns juristas sustentam que somente com o advento da Carta Magna o dano moral tenha sido reconhecido como direito passível de condenação.

O desenvolvimento do conceito de dano moral acompanhou a mudança do olhar jurídico da sociedade. Conforme estudado no capítulo anterior, a Revolução Industrial fomentou o surgimento da sociedade de classe, que deu azo para as lutas sociais em busca da igualdade e dignidade da pessoa humana. Nesse estágio, o dano não era medido, visto como inconcebível a hipótese de se aferir um valor pecuniário em face de uma lesão de índole moral, personalíssima, que ultrapassasse a sua esfera patrimonial.

Bodin de Moraes (2007, p. 146) abordou com brilhantismo ao afirmar a impossibilidade de mensurar o dano moral, em razão da natureza subjetiva dele:

Como seria possível mensurar os sentimentos de alguém? Relevava ainda, então, a transitoriedade do dano, pois as dores da alma, o tempo (e só ele) se encarregaria de curar. Além disso, objetivamente, pensava-se ser obstáculo também a indeterminação do número de vítimas do evento danoso, pois todo aquele que sofrera estaria, em princípio, legitimado. O dano era passível de medida, e a fronteira que se separava o universo de lesados daqueles que nada haviam sofrido, se é que existia, era tênue demais para ser enxergada. A regra lógica subjacente, e que se fazia valer, era a de que aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a medida do dano.

O século XX representou o marco precursor da mudança na forma de avaliar a responsabilidade civil de cunho puramente moral. Nesse período, surgiram leis e regulamentos mais severos, demonstrando que o legislador passou a se preocupar com o risco das atividades então desenvolvidas.

A luta pela igualdade social, diante dos avanços industriais, trouxe um novo fator, o risco, decorrente do crescimento em demasia da produção em massa e da ausência de fiscalização da segurança em detrimento do auferimento do lucro a todo custo. Foi nesse ambiente que emergiu a possibilidade de se responsabilizar alguém de forma objetiva,

abandonando gradualmente os fundamentos da ‘Teoria Clássica da Responsabilização Civil’, até então focada na culpa subjetiva.

Essa transformação reflete uma mudança no próprio conceito de justiça adotado pela sociedade. Bodin de Moraes (2007) sublinha que, a partir do século XX, ocorreu uma significativa alteração na percepção do ofendido. Se antes o dano moral era visto como mera fatalidade, infortúnio do ofendido ou até mesmo um desígnio divino, com a evolução social o ofendido assumiu o papel central na relação jurídica, enquanto o dano passou a ser compreendido como consequência de uma conduta reprovável, passível de indenização. Sob tal ótica nova preventiva, baseada na necessidade da prevenção de riscos, desponta a necessidade do reconhecimento do dano moral *in natura* — de forma autônoma e não mais vinculado aos reflexos do dano patrimonial, mesmo que ainda de forma prematura.

Dentre as diversas diretrizes normativas que confirmam a proposição, está o Decreto nº 2.681/1912, em seu art. 21²¹, que tratava da responsabilização das empresas responsáveis pelas estradas de ferro nos casos de lesão corporal ou deformidade, deliberando sobre eventual condenação em dano moral nos casos ali mencionados.

Quando o Código Civil de 1916 foi instituído, o dano moral passou a ser tratado de forma mais eloquente, embora ainda sob um aspecto implícito quanto à sua conceituação e existência. Isso se deve ao fato de que o mesmo detém sua base principiológica no Código de Napoleão, que regulamentou a responsabilidade a partir dos elementos da constatação do ato, resultado danoso, conexão e culpa. No corpo legislativo, o Código abordou a matéria em seus artigos 159²² e 948²³, estabelecendo, nos artigos 1.518²⁴ a 1.532²⁵ e 1.537²⁶ a 1.552²⁷, a forma de arbitramento do dano violado.

²¹ “No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidade para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente” (Brasil, 2012, art. 21).

²² “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553...” (Brasil, 1916, art. 159).

²³ “Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado” (Brasil, 1916, art. 948).

²⁴ “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outros ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação” (Brasil, 1916, art. 1.518). ²⁵ “Não se aplicarão as penas dos arts. 1.530 e 1.531, quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide” (Brasil, 1916, art. 1.532).

²⁶ “A indenização, no caso de homicídio, consiste:

I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia” (Brasil, 1916, art. 1.537).

²⁷ “No caso do artigo antecedente, nº III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano” (Brasil, 1916, art. 1.552).

Juristas, como Casillo (1994), contestam esse pensamento — segundo o qual o dano moral estaria necessariamente atrelado ao dano material naquele período histórico. Casillo (1994) fundamenta sua tese no artigo 159, do diploma legal de 1916, que previa a retaliação não apenas por condutas causadoras de prejuízo, mas igualmente por violações a direitos pessoais, estabelecendo assim um regime indenizatório de cunho eminentemente moral.

De acordo com Casillo (1994, p. 52-53):

O Código indica como dano reparável, isto é, indenizável, aquele decorrente de prejuízo causado ou direito violado. Pretendesse o legislador vincular a noção de dano apenas às hipóteses onde houvesse prejuízo no sentido de diminuição patrimonial, não teria incluído a expressão violar direito. Bastaria dizer que aquele que causasse prejuízo ficaria obrigado a repará-lo. O direito à indenização nasce quando seja causado prejuízo ou simplesmente violado o direito. Basta a violação, a ofensa ao direito, para que a proteção jurídica referente à reparação imediatamente nasça, independentemente de outra cogitação.

Alinhado a esse pensamento, Pereira (1995, p. 46) defendia:

A meu ver, a aceitação da doutrina que defende a indenização por dano moral repousa numa interpretação sistemática de nosso direito, abrangendo o próprio art. 159 do Código Civil que, ao aludir à ‘violação de um direito’, não está limitando a reparação ao caso de dano material apenas. Não importa que os redatores do Código não haja assim pensado. A lei, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa dos que a redigiram. A ideia de “interpretação histórica” está cada dia menos autorizada. O que prevalece é o conteúdo social da lei, cuja hermenêutica acompanha a evolução da sociedade e de suas injunções.

Como prova do entendimento, o art. 76²⁸ do mesmo Código Civil de 1916 já mencionava o interesse processual puramente moral, reforçando a existência do dano moral antes da Constituição de 1988. Apesar disso, é fácil perceber que os ditames não conceituavam esses danos como de natureza moral, apenas referiam-se a eles enquanto danos indenizáveis, sem conceituá-los em sua natureza, o que tornou difícil a constatação da existência do dano moral.

Devido à omissão legislativa, a matéria, até o advento da Constituição Federal de 1988, ficou adstrita ao entendimento dos tribunais, o que ocasionou injustiças, ainda vivenciadas nos dias atuais, considerando as arbitrariedades e subjetividades. Logo, as decisões da Corte e as

²⁸ “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família” (Brasil, 1916, art. 76).

teses sedimentadas por súmulas foram vitais para o enquadramento do dano moral e a quantificação dele, conforme se nota pela Súmula nº 37²⁹ do STJ.

Nessa visão, da necessidade da positivação do instituto, advieram leis que permearam a matéria de forma mais direta, como o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1995), a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) e o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 5.998/1962). (Oliveira, 2012).

A Lei de Imprensa (Lei 5.250/67, art. 53³⁰), de modo específico, firma os critérios dissidentes para o arbitramento do dano moral, já elucidando a sua existência de forma mais realista e menos filosófica, porém, a determinação é voltada apenas para os casos de calúnia, injúria e difamação (art. 49³¹), limitando a abrangência do instituto.

Seguindo essa linha normativa, tem-se o regramento do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62, art. 84, revogada pelo Decreto nº 236/67³²), que menciona as circunstâncias que deviam ser levadas em consideração no momento do arbitramento do dano moral.

Em que pese a revogação da lei, muitos julgados utilizam esses fatores, ainda hoje, para a fixação do *quantum debeatur* de uma condenação de cunho moral, pois é muito comum, nas sentenças de arbitramento do dano, o juiz estabelecer o valor a partir da situação econômica das partes, da intenção do ofensor em provocar o dano e da gravidade e repercussão da ofensa, qualificando o instituto como um marco ideológico acerca do arbitramento do dano moral.

Ainda sobre as leis que antecederam o reconhecimento constitucional do dano moral, há a Lei dos Direitos Autorais (Lei 5.988/73, alterada pela Lei 9.610/98), que em seu art. 24³³

²⁹ “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato” (Brasil, 1992, súmula 37, p. 3172).

³⁰ “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - A retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido” (Brasil, 1967, art. 53).

³¹ “Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - Os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

II - Os danos materiais, nos demais casos” (Brasil, 1967, art. 49).

³² “Na estimativa do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa” (Brasil, 1962).

³³ “São direitos morais do autor:

I - O de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

descrevia o que seriam direitos morais do autor e, em seu art. 27³⁴, qualificava o direito como de natureza irrenunciável e inalienável — visão já mais aproximada do que estava por vir com a positivação do direito na Constituição Federal de 1988.

Apenas para efeito de constatação, mas não menos importante, tem-se o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86, alterada pela Lei 9.610/98), que trouxe o contexto normativo não apenas da responsabilidade civil, em caso de falhas de serviços envolvendo o transporte aéreo, mas a tarifação da quantificação do dano moral, muito combatida até hoje pela doutrina e jurisprudência que criticam a objetividade, ou melhor, o tabelamento da dor.

Até então, não havia uma tutela jurídica autônoma para o dano puramente moral. A reparação por danos extrapatrimoniais somente ocorria de forma reflexa, como acessória a um prejuízo econômico comprovado. Em outros termos, o reconhecimento do dano moral estava condicionado à prévia demonstração de lesão material — configurando-se, portanto, como mero efeito secundário decorrente do dano patrimonial.

A confirmação da existência, de forma definitiva, da condenação do ofensor em dano moral ocorreu de forma efetiva com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Brasil, [2024]), que, em seu art. 5º, inciso V, preceituou: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e, em seu art. 5º, inciso X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação”.

Os dispositivos legais elucidaram duas discussões acerca do dano moral. Primeiro, assentiram-no como um direito único, não mais atrelado de forma reflexa ao dano material; segundo, erigiram seu patamar a um perfil constitucional, como um direito assegurado de forma máxima pelo Estado. Consoante Deda (2000, p. 15):

Promulgada a Constituição Federal 1988, perdeu sentido qualquer dúvida sobre a reparabilidade dos danos puramente morais, em face do direito positivo brasileiro. Quem sustenta hoje, que no Brasil apenas os reflexos

II - O de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - O de conservar a obra inédita;

IV - O de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - O de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - O de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - O de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado” (Brasil 1962, art. 24).

³⁴ “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis” (Brasil, 1998, art. 27).

econômicos dos danos morais são resarcíveis não tem a mínima razão. Trata- se de entendimento completamente superado, refletindo uma posição em confronto com a própria Constituição do País. É, portanto, inconstitucional. Por isso mesmo, é estranhável que ainda hoje, nas contestações dos pleitos indenizatórios de danos extrapatrimoniais, haja quem se esforce na sustentação de velhos argumentos vencidos, tais como os de que a dor não tem preço, a honra não se vende, os sentimentos íntimos não cabem na balança mercenária.

É imperioso mencionar uma particularidade que será mais minuciosamente abordada nos itens seguintes: o dano moral, a partir da Constituição Federal de 1988, qualificou-se enquanto um direito fundamental, porque está contido no art. 5º da Carta Magna, que trata dos direitos da categoria, possuindo atributos que nenhum outro direito detém.

Após a positivação do instituto como um direito possível de ser tutelado, outros ordenamentos jurídicos surgiram no mesmo sentido — o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 3º³⁵ (Lei nº 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º³⁶ (Lei nº 8.078/90), e a ratificação dada pelo Código Civil de 2002, que, em seu art. 186³⁷, trouxe, inclusive, a possibilidade do dano puramente moral.

A positivação do instituto desencadeou uma avalanche de ações judiciais, o que levou juristas a questionarem sua funcionalidade. Isso suscitou uma percepção equivocada de banalização do mecanismo, associada à teoria da ‘indústria do dano moral’, que será discutida com maior profundidade mais adiante.

Esses posicionamentos arredios vieram das arbitrariedades consumadas pelos diversos julgados, ao passo que houve a positivação acerca do direito eminentemente moral, mas o legislador não se preocupou em estabelecer critérios objetivos para a quantificação, o que gerou decisões contraditórias e a banalização do instrumento asseguratório do direito tutelado.

O propósito maior com a positivação do direito não era o *quantum* que deveria ser dado, mas sim a necessidade de reprovar a conduta ilícita do ofensor por meio de uma condenação pecuniária que pudesse não apenas repreender o ato, mas também compensar o ofendido pela

³⁵ “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (Brasil, 1990, art. 3).

³⁶ “São direitos básicos do consumidor:

VI - A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
VII - O acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados” (Brasil, 1990, art. 6);

³⁷ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (Brasil, 1990, art. 186).

falta praticada, com o fito de desvencilhar-se da velha vingança privada, aprimorando-se para uma condenação justa e equânime.

Tratava-se, assim, de uma evolução do conceito jurídico, a partir da evolução ética da sociedade, que, com o passar do tempo, restou apequenada diante da ineficácia das condenações impostas, pela ausência da positivação de critérios que pudessem embasar o quanto deveria ser fixado para os casos de lesões de interesses puramente morais.

3.2 Contexto doutrinário acerca do Dano Moral e a Responsabilidade Civil

Na sistematização jurídica, o ‘dano moral’ é classificado como um dos elementos da responsabilidade civil, que tem, como propósito primordial, salvaguardar o interesse do ofendido e punir o ofensor pelo ato praticado ou dano ocasionado.

Essa responsabilidade civil constitui o instrumento pelo qual o Estado responsabiliza aquele que pratica um ilícito ou que causa dano. Sua aplicação decorre da constatação dos pressupostos da responsabilidade civil, alicerçados no ato ilícito, no dano, no nexo causal, na culpa ou, em alguns casos, no risco. Cavalieri (2005, p. 41), traz o conceito da responsabilidade civil, e seus pressupostos basilares, afirmando que:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão ‘aquele que por ação ou omissão voluntária, negligéncia ou imperícia’; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões ‘violar direito ou causar dano a outrem’.

Da leitura da doutrina clássica, extrai-se a preponderância da Teoria da Responsabilidade Subjetiva para a responsabilização civil. No entanto, diante da mudança de interesses sociais avençados pela formação de uma economia controlada pela possibilidade da responsabilização pela simples geração de risco, esses pressupostos foram relativizados e reduzidos a demonstração, apenas do dano, e por que não dizer da simples violação da norma, com o dano presumido. Inclusive, o cenário foi matéria de enunciado, aprovado pela I Jornada de Direito Civil (Conselho da Justiça Federal, 2012, parte 3, art. 187), que ponderou: “ a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Por exemplo, um sujeito que por estado de necessidade, acaba causando um dano físico a um terceiro, não está eximido de ser responsabilizado pelo dano ocasionado, mesmo não tendo, *a priori*, praticado um ilícito civil. De modo análogo, uma cobrança vexatória que ocasiona um pagamento indevido, gera o dever de indenizar, sem necessidade da comprovação do dano, pois este é considerado presumido diante do fato narrado. Nesse caso, as situações versam sobre hipóteses que desconstituem a necessidade da verificação dos pressupostos clássicos basilares da responsabilidade civil, em razão da mudança do pensamento filosófico social, acerca do que seria o dano moral.

Diniz (2009, p. 34) conceitua a responsabilidade civil da seguinte maneira:

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

No contexto jurídico brasileiro, de forma genérica, o ‘instituto’ é encontrado nos arts. 186³⁸ e 927³⁹ do Código Civil, subsumido à regra geral da responsabilidade subjetiva, ou seja, pautada na culpa. Entretanto, a teoria ficou ultrapassada frente à conjuntura social estruturada com o avanço do comércio que propiciou a formação da responsabilidade pelo risco.

A Teoria do Risco encontra fundamento na assunção do risco por aquele que tira proveito da atividade exposta ao público em geral. Venosa (2012) expõe que a responsabilidade decorre do risco criado e presumido, mesmo que sejam adotadas todas as normas de segurança e obedecidas todas as regras. Nessa linha, sua ocorrência gera o dever de indenizar, independentemente da constatação de culpa e do ato ilícito praticado.

Nesse diapasão poderíamos exemplificar com uma empresa que se dedica a produzir e apresentar espetáculos com fogos de artifícios. Ninguém duvida de que o trabalho com pólvora e com explosivos já representa um perigo em si mesmo, ainda que todas as medidas para evitar danos venham a ser adotadas. Outro exemplo que parece bem claro diz respeito a espetáculos populares, artísticos, esportivos etc. com grande fluxo de espectadores: é crucial que qualquer acidente que venha a ocorrer em multidão terá natureza grave, por mais que se adotem modernas medidas de segurança. O organizador dessa atividade, independentemente de qualquer outro critério, expõe as pessoas presentes inelutavelmente a um perigo (Venosa, 2012, p. 10).

³⁸ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (Brasil, 2002, art. 186).

³⁹ “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (Brasil, 2002, art. 927).

No próprio Código Civil já se vislumbra a prática da teoria no art. 927, que possibilita a responsabilidade civil, mesmo na ausência da verificação do elemento ‘culpa’, em razão do risco assumido pelo agente que executava a atividade. Constata-se que a ideia traçada pela teoria do risco está fincada no proveito tirado pelo agente, ou seja, aquele que pretende despender um serviço, ou fornecer um produto, tirando vantagem disso, devendo responder por eventuais danos causados a terceiros, independentemente de culpa. Isso se deve ao fator risco-proveito, que exige uma norma que equilibre a situação, a fim de dar segurança àquele que faz uso dos serviços disponibilizados.

No Direito do Consumidor prevalece a Teoria da Responsabilidade Objetiva, em razão da adoção da teoria do risco, que gera a culpa presumida, ressalvada as exceções para os casos de profissionais liberais. O fundamento para o caso é baseado na necessidade do equilíbrio que deve reger a relação consumerista, já que de um lado se tem um consumidor vulnerável e hipossuficiente, e do outro, em grande escala, empresas com alto potencial econômico e tecnológico. Diante disso, a apuração da responsabilidade deve observar e dar a devida relevância a esse desequilíbrio contratual, no momento da análise de eventual ato que deu causa ao dano, que pode ser material e/ou moral.

Antes de traçar o conceito acerca do que seria o dano moral referente à lesão aos direitos decorrentes da relação de consumo, deve-se estudar, primeiramente, quais são os direitos que se pretende tutelar para se definir o conceito de dano moral sob um aspecto mais sancionatório, e não apenas reparador, como preconiza o Código Civil de base Napoleônica.

Para tanto, torna-se imprescindível distinguir entre o ato ilícito *lato sensu* e o ato ilícito *stricto sensu*, e, na sequência, as disposições decorrentes da violação de direitos invioláveis no que tange à violação de direitos violáveis.

Com o fito de compreender o conceito de dano moral, focado no estudo que se apresenta, é preciso diferenciar tais classificações doutrinárias.

3.2.1 Dano moral decorrente do ato Ilícito lato sensu x ato Ilícito stricto sensu

A distinção do ato ilícito que se pretende reprovar é vital para que se defina o tipo de dano moral que se deve sancionar, pois se construirá, a partir da constatação, não apenas o conceito de dano moral, como também a finalidade que se pretende com a condenação imposta. O feito, sem dúvida, confere maior objetividade ao fundamento jurídico destacado na sentença, além de ampliar a segurança jurídica tanto para o aplicador do direito quanto para o destinatário da determinação legal.

O ato ilícito, como adverte Venosa (2012), trata-se de um ato advindo da conduta humana que, de forma voluntária, fere um dispositivo jurídico previamente imposto. Em outras palavras, há duas vertentes no conceito: uma de caráter objetivo, referente à conduta que violou a norma, e outra de caráter subjetivo, relacionada à valoração da vontade do agente, que deve ter agido com dolo ou culpa, a fim de atrair para si eventual responsabilidade jurídica. Tal ato tem subdivisões que devem ser compreendidas pelo julgador no momento da imposição da condenação, com a finalidade de elaborar uma sentença, que possa contribuir para o padrão de comportamento ideal em uma sociedade. Caso contrário, não há qualquer propósito social.

O ato ilícito é dividido em ato ilícito *lato sensu* e ato ilícito *stricto sensu*. Para melhor definição e compreensão focado no objetivo do presente estudo, pode-se considerar que o primeiro é aquele que decorre, ou da violação das normas contratuais (definido como relativo), ou da violação das normas extracontratuais (definido como absoluto), advindo da lei estritamente civilista, seria o ato que gera o dever de reparar. Já o segundo, é fundamentado pela teoria como qualquer comportamento que contrarie normas jurídicas, e que gera dever de compensar.

O ato ilícito *stricto sensu*, decorrente da violação de normas extracontratuais, também denominado pela doutrina de responsabilidade aquiliana, fixada pelos artigos 186⁴⁰, 187⁴¹ e 927⁴² do Código Civil, exige para a constatação da responsabilidade civil, o ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa. Tratam-se de elementos essenciais para a constatação da necessidade da responsabilidade civil. Já a *stricto sensu* é proveniente da responsabilidade contratual, definida pelo art. 392⁴³ do CC, estando condicionada à existência de um vínculo obrigacional preexistente, ou seja, a um contrato jurídico. Em tais termos, pode-se constatar o motivo de um ser chamado de ato ilícito absoluto e o outro de relativo. Tudo que não for decorrente de contrato celebrado entre as partes (ilícito relativo) será denominado ato ilícito absoluto, tratando-se, assim, de uma responsabilidade civil residual.

Cavalieri Filho (2010, p. 15) enfatiza tal conceito ao dizer:

⁴⁰ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (Brasil, 2002, art. 186).

⁴¹ “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (Brasil, 2002, art. 187).

⁴² “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (Brasil, 2002, art. 927).

⁴³ “Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei” (Brasil, 2002, art. 392).

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Contudo, ambos os institutos recriminadores necessitam da presença dos elementos que compõem a responsabilidade civil: o ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa, ressalvadas as exceções citadas no próprio ordenamento. A diferença que resta é que o ‘relativo’ ainda necessita da preexistência do documento contratual entre as partes. Não se pode esquecer que, tratando-se de institutos de natureza civilista, decorrentes do Código Napoleônico, foram pautados a partir da constatação da culpa subjetiva.

A culpa subjetiva, como se sabe, decorre da averiguação da presença da vontade na execução ou omissão do ato considerado ilícito. Esta vontade é definida como dolo (quando há intenção na realização do ato) ou culpa (quando o ato decorre da negligência, imperícia ou imprudência). Nesse sentido,

[a] falta de cautela exterioriza-se através de imprudência, da negligência e da imperícia. Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas de exteriorização da conduta culposa. A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, pode deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer a cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia., Por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. O erro medido grossoiro também exemplifica a imperícia (Cavalieri, 2010, p. 37).

Não havendo, no mínimo, culpa na verificação do ato ilícito, não há como haver responsabilização civil pelo dano verificado. Essa é a regra geral do Código Civil, tratada pela doutrina como Teoria Clássica da Responsabilidade Civil Subjetiva, ressalvadas as exceções de culpa objetiva, apenas, nos casos deflagrados no parágrafo único⁴⁴ do art. 927 do CC. Em resumo, a percepção seria uma responsabilidade fundamentada na Teoria da Justiça Corretiva, defendida por Aristóteles (2014), pois se baseia em um valor arbitrado a partir de uma fórmula

⁴⁴ “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Brasil, 2002, art. 927, parágrafo único).

matemática precisa. Nesse sentido, caso ocorra um dano, este deve ser reparado ou, na impossibilidade, convertido em perdas e danos, com base no valor do bem ou no montante que a pessoa deixou de ganhar.

Já o ato ilícito *lato sensu* é aquele que decorre da simples violação da norma pré-estabelecida, não dependendo de nenhum pressuposto, ao contrário do ato ilícito *stricto sensu*, que exige, para sua constatação, a presença do ato (omissivo ou comissivo), do dano, do nexo causal e da culpa (ou dolo). Ademais, o instituto é identificado pelo simples fato da violação da norma, estabelecendo a consequência lógica jurídica da sanção, no caso, a condenação em dano moral. Trata-se do que a doutrina denomina proposição jurídica, uma norma sanção (Trivisonno, 2020).

A título de exemplificação do que se pretende estudar nesta pesquisa, cita-se o art. 5º⁴⁵, inciso X⁴⁶, da CF/88, que traz em seu texto legal a condenação ao pagamento do dano moral como uma consequência incondicional daquele que viola os direitos definidos.

Essa é uma conclusão analítica da norma, ou seja, havendo violação, há sanção (proposição jurídica), não há necessidade de se aglutinar nenhum outro elemento (dano, nexo e culpa). Assim, o ato que viola tais direitos não é um ilícito *stricto sensu* absoluto, mas um ilícito *lato sensu*.

Quando se estuda a Teoria da Norma Jurídica, nota-se que a norma detém uma proposição jurídica, uma imposição de conduta (o dever ser), também denominada por Trivisonno (2020, p. 77) como “norma jurídica em sua forma primária”. Havendo infringência ao comando determinado (ao dever ser), há um resultado coativo, uma sanção, reprevação, denominada pelo jurista como norma jurídica secundária. No que concerne a isso, a norma civilista é uma norma primária que necessita de outra norma para completar seu sentido proibitivo. Já a norma constitucional é uma norma completa, dualista em si mesma, ou seja, nela já há a proibição e a sanção.

A norma constitucional abrange tanto a imposição quanto a sanção, pois estabelece que, em caso de violação, um órgão judicial deve impor uma medida coercitiva. Utilizando-se da filosofia Aristotélica (Aristóteles, 2014), seria a consagração da justiça comutativa pautada na hipótese da punição, cada qual recebe aquilo que decorre do seu mérito. Dessa forma, a Constituição protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, direitos que

⁴⁵ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (Brasil, (1988) 2024, art. 5).

⁴⁶ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (Brasil, (1988) 2024, art. 5, inciso X).

não podem ser violados. A norma se destaca ao garantir o direito à indenização por danos materiais ou morais causados por sua violação. Ao analisar a norma, percebe-se que, ao impor uma sanção a determinado comportamento, este será considerado um ilícito civil, penal ou constitucional. Em contrapartida, a conduta que evita a sanção representa um dever jurídico.

A Teoria Pura do Direito, idealizada por Hans Kelsen, traz exatamente essa perspectiva da proposição jurídica, estabelecendo uma relação de dever/sanção. Ou seja, constatada a violação ao dever (norma primária), a sanção é consequência lógica (norma secundária): “se A é, então B deve de ser” (Kelsen, 1998, p. 29). Resumindo, havendo violação de norma civilista, estar-se-á diante de um ilícito *stricto sensu*, que exige pressupostos para sua deflagração. Porém, caso haja violação de norma constitucional que vise à proteção de um direito fundamental inviolável, será caracterizado enquanto um ilícito *lato sensu*, o qual se configura pela simples transgressão da norma sancionadora.

Mas por que o legislador fez essa distinção? Qual o seu propósito? Tal questionamento é respondido a partir do direito que se pretende tutelar. Pois, do contrário, não haveria sentido na presença de dois tipos de processamentos da responsabilidade civil se os mesmos existissem para defender os mesmos direitos.

3.2.2 Dano moral decorrente da violação de Direitos Violáveis x Direitos Invioláveis

No capítulo destinado ao resumo histórico da construção dos direitos fundamentais, estudou-se a elaboração, construção e evolução dos direitos invioláveis, definidos pela Constituição Federal de 1988. A pesquisa trouxe dados históricos acerca da relevância de tais direitos e da importância de mantê-los em segurança, com o fim de corroborar os princípios que endossam a característica do Estado Democrático de Direito e sua segurança jurídica.

Com base nessa conclusão, o presente estudo propõe uma concepção distinta da aplicação do dano moral, quando este envolve direitos da personalidade invioláveis. Entretanto, o que seriam esses direitos e quais as diferenças dogmáticas que os distinguem dos violáveis?

Os direitos violáveis podem ser encontrados no Código Civil, não possuem natureza de inviolabilidade. Pode-se dizer que são os direitos que protegem a relação privada, atinentes aos contratos, obrigações, coisas e relações familiares. A definição de ‘violável’ decorre da possibilidade de ser desobedecido por um agente, que, diante da constatação dos pressupostos básicos da responsabilidade civil (ato ilícito *stricto sensu*, dano, nexo e culpa), gerará o dever do ofensor de indenizar, ou seja, reparar o dano, reestruturando a harmonia da relação.

Já os direitos invioláveis seriam aqueles de personalidade definidos pela Constituição Federal, de natureza fundamental, conforme visto no tópico 1.4. Não seriam todos os direitos fundamentais, mas aqueles definidos como invioláveis sob um contexto gramatical da interpretação literal da norma. Em resumo, seriam os direitos que decorrem do art. 5º, caput da CF/88, bem como de seu inciso X.

Na definição de Naves e Sá (2021, p. 19), os direitos de personalidade seriam:

Direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos de personalidade a vida, a intimidade, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéricos e todos os seus demais aspectos que projetam a sua personalidade no mundo.

Havendo violação a qualquer deles, protegidos de forma supralegal, o Estado deve agir com o intuito de proporcionar segurança, para que o cidadão se sinta protegido em sua esfera íntima e pessoal, independentemente da necessidade de constatação de que o ilícito causou dor, sofrimento ou dano à sua índole pessoal, trata-se de um dano constatado de forma *in re ipsa*⁴⁷. Impera, nessas situações, o poder supremo do Estado na segurança jurídica das normas com cláusula de garantia supralegal.

Nessa concepção, a violação de tais direitos seria resultado de uma falha preventiva do Estado, que deveria ter inibido a situação e não o fez. Logo, cabe uma indenização pecuniária, ou seja, punição pecuniária, com o objetivo de compensar a vítima pela falha cometida, pois a reparação, nesse caso, seria exígua considerando o direito que foi violado.

Por exemplo, em caso de violação do direito à vida, como a negativa indevida de um plano de saúde ao tratamento de câncer, que se agravou, a indenização não poderia ser reparatória, mas sim compensatória/punitiva, dada a impossibilidade de retorno ao *status quo ante* do ofendido, que não terá sua saúde restabelecida com o pagamento feito pelo ofensor. De forma diferente seria o caso de um vício de produto, como um tênis comprado pela internet e recebido com avarias que o tornaram impróprio para uso, sendo facilmente resolvido com a devolução do valor pago e uma reparação moral irrisória, considerando a menor gravidade do

⁴⁷ “A prova *in re ipsa* é decorrência natural da realização do ilícito, isto é, surge imediatamente da análise dos fatos e a forma como aconteceram. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui alguns entendimentos de situações em que o dano moral pode ser considerado *in re ipsa*. Entre esses entendimentos, por exemplo, o STJ reconhece que a simples devolução indevida de cheque (súmula 388); a morte de um integrante da família (AgInt no REsp 1165102/RJ); o uso indevido de marca (REsp n. 1.327.773/MG); a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes (AgRg no REsp 1125388/RS); a publicação não autorizada da imagem de pessoa para fins econômicos ou comerciais (súmula 403); são situações que geram o dano moral *in re ipsa*” (Santos, 2015, p. 606 *apud* Leite, 2020, n.p.).

direito violado. A punição pela infração de uma norma de caráter protetivo constitucional seria uma resposta à falha da tutela estatal dos direitos ali definidos, porque a norma já prevê em seu texto a segurança de que não será violada. A partir disso, já se pode perceber que sua mensuração e proteção não terão o mesmo propósito dispensado para as causas puramente civis. Para exemplificar hipóteses corriqueiras postuladas judicialmente que ferem os direitos invioláveis, resguardados pela proteção da dignidade da pessoa humana, temos: (a) impedimento de entrar em um banco por falha no sensor; (b) deficiência física causada por erro médico; (c) frustração de uma viagem em família por cancelamento de voo pela companhia aérea, devido a fortuito interno; (d) corte de energia sem fundamento; (e) risco de vida em caso de negativa de atendimento pelo plano de saúde; (f) casos de violação da honra em redes sociais, entre outros.

O fato não retira a necessidade de repreender o ilícito puramente civil, no entanto, este deve ser analisado de forma diferenciada, considerando a possibilidade da restauração da harmonia do ofendido com o pagamento da pecúnia.

Esses e outros casos exemplificam as hipóteses de lesão a direitos invioláveis, considerando os objetivos expressos da proteção à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, enfim, à dignidade da pessoa humana.

3.3 Conceito do Dano Moral a partir do Direito que se visa tutelar

O conceito de dano moral está relacionado à proteção de direitos extrapatrimoniais, fundamentados a partir do que seria a dignidade da pessoa humana. Melo (2012, p. 104), define de forma bem específica a conceituação do dano moral, sob um viés constitucional:

Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade, [...] hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, entendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português [...] em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

A conceituação do instituto encontra barreiras diante da subjetividade investida na matéria. Falar sobre dano moral é falar sobre algo que está na esfera íntima tanto de quem

ofende, tanto de quem é ofendido, e porque não dizer até daquele que julga o caso. À primeira vista, a relevância do tema pode parecer limitada. Contudo, sua aplicação prática revela a urgência de um debate mais qualificado e fundamentado.

Existe um caso emblemático interessante a ser citado, em que houve a valorização do dano moral pela esfera íntima do julgador, que ocasionou uma injustiça jurídica reformada em sede de Corte Especial. Trata-se do caso de uma figura pública, uma atriz, que autorizou a divulgação de suas fotos desnudas em uma revista específica, no entanto, em momento posterior, a revista fez nova publicação sem sua aquiescência. O que gerou desconforto, constrangimento e margem para que a atriz buscasse a justiça.

Na ocasião, a atriz requereu a reparação pelos danos morais e materiais sofridos, tendo saído vitoriosa do caso em 1^a instância. Ocorre que, diante da interposição de recurso, o 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reformou o julgamento retirando o dano moral, sob o fundamento de ausência de constatação de dano, em face da mulher não ser ‘feia’, fator considerado pelos julgadores, como imprescindível para a constatação do dano postulado.

O Tribunal afirmou que não houve sofrimento, vexame, humilhação, constrangimento, mágoa e tristeza que pudessem ocasionar eventual pedido de dano moral. Cita-se parte do julgamento:

[...] Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconsentido da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação.

Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporciona muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconsentido da sua imagem.

Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas.

As bonitas não.

Fosse a autora mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido.

Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.

[...] Não se trata de discriminação contra as mulheres belas, nem, muito menos, de fazer apologia da feiúra.

[...] O que se pretende – é só o que se pretende – é demonstrar que não se concede indenização (*rectius*: compensação) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou, para quem a pede, aquilo que é da sua

natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza. À conta desses fundamentos, o Grupo dá parcial provimento ao recurso, para reduzir o valor da remuneração pelo uso da imagem da embargada a R\$ 50.000,00 e para excluir do universo das parcelas indenizatórias a relativa à indenização de dano moral (Bodin de Moraes, 2019, p. 3, grifos nossos).

O julgamento serve para suscitar a necessidade de uma definição mais objetiva acerca do conceito do dano moral, pois, na situação acima, a injustiça decorreu da ponderação íntima do julgador, que diante dos seus conceitos sociais, argumentou não haver dano moral para exposição da imagem de uma ‘mulher bonita’.

Este trabalho propõe uma reflexão sobre o conceito do dano moral a partir daquilo que se visa assegurar, pois, ao olhar o direito que foi atingido, honra de uma pessoa, a sua imagem, e consequentemente a sua dignidade, as circunstâncias secundárias do caso, perdem importância, como no caso da pessoa ser bonita ou feia. A norma já exige a sanção, e isso basta para a constatação do dano moral, a necessidade de ser compensado.

Para entender melhor o conceito de dano moral, é necessário, antes, distingui-lo do dano patrimonial, pois, por meio da Teoria Negativa, o dano moral será tudo que não for qualificado como dano material. Bonatto (2011) faz essa distinção com base em três elementos: (i) identificação do dano; (ii) natureza da indenização; (iii) forma de liquidação.

No primeiro aspecto, o dano moral difere do dano material, porque não exige prova concreta do prejuízo, basta a prova da violação do direito tutelado. Trata-se de um dano *in re ipsa*, ou seja, não há necessidade de comprovação do dano.

No segundo aspecto, o dano moral se distingue do dano material na forma como são avaliados os critérios para se alcançar um valor justo ao ofendido. Enquanto no dano material, independentemente do grau de culpa do ofensor, a reparação será proporcional às perdas materiais, no dano moral, a reprovação da conduta é analisada considerando a gravidade e a culpa do ofensor, a repercussão social do dano e as condições socioeconômicas de ambas as partes, ofendido e ofensor. A natureza do dano que faz com que a análise dos critérios seja diferenciada, porque, quando há danos de natureza material, sua reparação será integral ao dano sofrido, entretanto, quando se tem um dano moral, não há como haver reparação integral, assim ocorre uma compensação pelo sofrimento.

Por fim, o terceiro aspecto introduz a diferença na forma de liquidação do valor. Esse aspecto é o limite que norteia o cálculo do valor em si. Enquanto, no dano material, o valor deve ser limitado às perdas e danos efetivamente sofridos ou aos lucros cessantes, no dano

moral, o valor não encontra limite, ficando a cargo do arbítrio do juiz, que deve atuar à margem da proporcionalidade e razoabilidade.

Esse último ponto é um dos fatores que sustentam a tese dos defensores do dano moral punitivo/desestimulatório sob uma ótica constitucional, pois, sem limitação no valor da indenização, a quantia pode atingir qualquer patamar, sem preocupações com o princípio do enriquecimento indevido, já que o direito em questão é supralegal, referindo-se à proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse tópico salutar, Donnini (2015) enfatiza que o Direito Privado brasileiro não impede, de certa maneira, o enriquecimento do ofendido, que é provindo de condenação ao pagamento dos danos morais, desde que se trate, obviamente, de um enriquecimento com causa, ou seja, necessária à causa em estudo.

Essa visão diferenciada entre os institutos decorre da mudança de paradigma social, que, valorizando não apenas a esfera patrimonial do ofendido, passou a se preocupar também com sua esfera íntima e moral, denominada extrapatrimonial.

O dano material é limitado à perda patrimonial da vítima, enquanto o dano moral não tem como ser mensurado de forma objetiva, porque fere a personalidade do ofendido, fere os seus valores morais, o que é, sobretudo, importante para si. Contudo, a ausência de liquidez objetiva acerca da matéria não retira a necessidade de se buscar parâmetros sociais que possam auxiliar o julgador no momento do arbitramento do valor do dano moral, com propósito de mitigar a arbitrariedade e subjetividade íntima do julgador no momento da valoração da causa.

A mudança surgiu a partir da necessidade de combater os riscos decorrentes da produção em larga escala, do avanço da industrialização e da intensificação do lucro empresarial. Nesse sentido, conforme aponta Cavalieri (1998, p. 80):

[...] provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.

Após os conceitos doutrinários, filosóficos e jurídicos sobre o que seriam o ato ilícito *lato sensu* e *stricto sensu*, bem como os direitos violáveis e invioláveis, torna-se mais fácil construir o conceito de dano moral proposto neste estudo com um ‘escudo’ não só compensador, mas também sancionador ou pedagógico.

Seria o dano decorrente de um ato ilícito *lato sensu* (decorrente da violação da norma constitucional), que infringe um direito inviolável (decorrente do art. 5º, caput e inciso X da

CF/88), e, dessa forma, merece uma sanção mais severa, diante da violação de uma norma sancionatória constitucional. Há quem afirme, como Pedroso (1995), que o dano moral advém da valoração subjetiva do ser humano, ou seja, dos direitos que compõem seu complexo subjetivo e devem ser valorados. Esse posicionamento gera incerteza e muita injustiça, como será demonstrado no capítulo seguinte.

Por fim, proveitoso mencionar o conceito de Cahali (2005, p. 22), ao mencionar o dano moral como “a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra, e os demais sagrados afetos”.

O olhar se torna mais gravoso, quando o dano moral atinge a esfera íntima dos direitos considerados invioláveis, em razão da sua formação histórica, social e por serem os prismas consagrados da dignidade da pessoa humana.

No entanto, indaga-se: quais seriam esses direitos que compõem a esfera subjetiva relevante de um sujeito de direito em uma sociedade democrática?

Como abordado no tópico anterior e considerando o objetivo deste trabalho, quais seriam os direitos invioláveis. Bodin de Moraes (2007, p. 165) ensina que são todos os direitos derivados dos “direitos à liberdade, à igualdade, à integridade psicofísica e à solidariedade, conceitos essenciais para a prática da dignidade humana”. É nesse ponto que reside a subjetividade, pois o que é considerado integridade psicofísica, por exemplo, pode variar de uma pessoa para outra. Aqui surge o conceito de mero *dissabor*, amplamente mencionado em sentenças que indeferem o pedido de indenização por dano moral.

Não seria mais seguro se o dano moral fosse aferido a partir da violação de regras objetivas já definidas pela moldura normativa?

Sob essa visão, os danos morais seriam verificados de forma objetiva, através da constatação direta. A percepção do dano moral *in natura*, desvinculado de danos materiais e originado de direitos tutelados objetivamente, é essencial para a resolução desse impasse.

A necessidade de distinguir o que constitui mero incômodo ou aborrecimento — especialmente nos casos de constrangimentos e desconfortos — é um marco para o reconhecimento do dano moral *in natura*, afastado do conceito de dano moral enquanto mero reflexo do dano patrimonial.

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 172720-9 pelo Supremo Tribunal Federal trouxe considerações importantes sobre o conceito de dano moral, sob uma perspectiva constitucional, ao tratar de um caso de extravio de bagagem em transporte aéreo.

Na ocasião, definiu-se que o dano moral está presente sempre que o dano material não for suficiente para suprir os efeitos decorrentes do ilícito perpetrado. A esse respeito, José de Aguiar Dias, em seu livro *Da Responsabilidade Civil* (1998, p. 729) afirmou:

Quando o dano não corresponde às características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado.

Cavalieri Filho (1996, p. 66) sintetiza a necessidade de fixação e condenação do ofensor ao pagamento de indenização de cunho moral, desde que haja a constatação de que o ilícito praticado causou: “[...] dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar...”.

Em outras palavras, o dano moral deve ser identificado sempre que a lesão causar dor, vexame, humilhação, entre outros sentimentos relacionados à impotência e à angústia. Por exemplo, imagine um pai de família precisando contratar um empréstimo para a aquisição da casa própria, mas sendo impedido por uma inscrição indevida, oriunda de um contrato fraudulento, decorrente da culpa do banco na guarda e manutenção de seus dados pessoais. Não é preciso mencionar os efeitos prejudiciais que o ilícito causou na vida desse cidadão. Vergonha, humilhação, vexame, angústia, sofrimento e dor. Todos esses sentimentos convergem para a constatação do dano moral *in natura*, sem necessidade de um dano material constatado.

Neste estudo, para se apurar um valor justo referente ao dano moral, é necessário diferenciar o dano que se pretende responsabilizar, questionando-se qual direito foi violado, com o objetivo não somente de repreender a conduta e compensar a vítima, como também de punir o infrator, visando evitar novas transgressões no meio social.

3.4 O Código de Defesa do Consumidor como instrumento de tutela dos Direitos Invioláveis

Conforme abordado no tópico anterior, a Constituição Federal buscou garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais. O Código de Defesa do Consumidor, como uma norma derivada das determinações da Constituição Federal, funciona como um instrumento de atuação coativa do Estado para a proteção desses direitos.

Esse enfoque especial da norma consumerista parte do pressuposto de que o consumidor é uma pessoa vulnerável e hipossuficiente em relação às grandes empresas. Assim, com o objetivo de protegê-lo, o CDC concede-lhe privilégios para reduzir sua vulnerabilidade técnica e econômica frente às empresas.

O arcabouço legal do CDC é orientado para conter atos ilícitos em sentido amplo (*lato sensu*), mesmo que decorrentes de uma relação contratual, visando à proteção do vulnerável e com base principiológica constitucional, e não apenas civilista.

Tal afirmação provém da superação da dicotomia da responsabilidade civil (contratual/extracontratual), quando se está diante de uma relação consumerista, uma vez que independentemente da existência ou não de um contrato, a culpa será objetiva, o que exclui por completo a existência de ilícito *stricto sensu* na relação de consumo, e consequentemente de direitos violáveis (Cavalieri Filho, 1998).

A base principiológica do CDC foi estruturada a partir de dois princípios fundamentais: o Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio do Dever de Transparência. Esses princípios têm como foco a redução dos riscos inerentes à sociedade moderna, razão pela qual surgiu a discussão sobre o dano moral compensatório/punitivo.

O Princípio da Boa-fé Objetiva baseia-se em um modelo padrão de conduta esperado das partes em uma relação contratual, a fim de evitar o abuso de direito por parte daquele que detém maior poder técnico e financeiro na relação jurídica.

Previsto no art. 4º, III⁴⁸, do CDC, esse princípio questiona o entendimento do *pacta sunt servanda*, pois nem sempre a vontade das partes deve prevalecer, principalmente quando há abuso de uma parte em detrimento do direito da outra. Um exemplo típico dessa situação é um vendedor de carros usados que comercializa um veículo alegando que está em perfeitas condições, porém omite o fato de que o motor apresenta problemas já conhecidos. Após poucos dias de uso, o motor falha. Ao ocultar essa informação, o vendedor agiu em desacordo com a boa-fé, uma vez que deveria ter sido honesto quanto às reais condições do automóvel.

Outro exemplo são as cláusulas abusivas do art. 51 do CDC, que estabelecem o padrão de comportamento exigido para que o consumidor não seja prejudicado. Qualquer cláusula com

⁴⁸ “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
III - Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (Brasil, 1990, art. 4, inciso III).

esse teor deve ser declarada nula, porque fere a boa-fé objetiva, mesmo que a parte prejudicada tenha consentido na celebração do contrato. Esse comportamento do vendedor viola a confiança e a honestidade que devem reger as relações de consumo, prejudicando o consumidor e infringindo o princípio da boa-fé.

Outro princípio estruturante do CDC é o Princípio da Transparência, que visa regular o comportamento do fornecedor, pautado na oferta de informações verdadeiras e claras ao consumidor, evitando situações como: “Se eu soubesse, não teria feito esse negócio”. Nas relações consumeristas, é comum que vendedores atribuam qualidades exageradas a produtos ou serviços para impulsionar as vendas e aumentar o lucro. Contudo, quando a prática fere a transparência do negócio, omitindo informações essenciais, ainda que sem dolo, ocorre a violação do dever de transparência, havendo, consequentemente, a necessidade de reparação dos danos causados.

O Princípio da Transparência se concretiza por meio do dever de informação e do dever de segurança. Ora, se o consumidor está diante de um produto que pode prejudicar sua saúde, a informação não pode ser omitida pelo vendedor, como ocorre na venda de cigarros.

O dever de informação está previsto em diversos artigos do CDC, como aquele que exige informação clara sobre produtos nocivos (art. 9º⁴⁹); aspectos de informação publicitária (arts. 30⁵⁰ e 31⁵¹); concessão de crédito (art. 52⁵²); e disponibilidade de dados cadastrais (art. 40⁵³), entre outros dispositivos que revelam a preocupação do legislador com o consumidor (Brasil, 1990).

O art. 46 do CDC afirma expressamente: “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo” (Brasil, 1990, n.p.). Ademais, o Princípio da

⁴⁹ “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto” (Brasil, 1990, art. 9).

⁵⁰ “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (Brasil, 1990, art. 30).

⁵¹ “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (Brasil, 1990, art. 31).

⁵² “No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente” (Brasil, 1990, art. 52).

⁵³ “O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços” (Brasil, 1990, art. 40).

Transparência está vinculado ao dever de segurança (Código do Consumidor, arts. 8º a 10, 12, §1º, e 14, §1º) (Melo, 2008).

A informação deve ser clara, pois cabe ao Estado assegurar a segurança do consumidor na utilização dos produtos colocados à sua disposição. Em outras palavras, trata-se de um instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Melo (2008, p. 56), ao relacionar esse princípio com o uso de medicamentos ou produtos nocivos à saúde, afirma que

[...] o dever de informação, a qual deverá ser ostensiva, é complementar ao dever de segurança. Significa dizer que, se o consumidor for devidamente informado sobre a nocividade ou a periculosidade, do produto e ainda assim usá-lo, de forma inadequada, não poderá depois responsabilizar o fornecedor, pois estará configurada a culpa exclusiva da vítima ou, eventualmente, de terceiro.

O autor traz como exemplo o uso de inseticida agrícola, utilizado para o combate de pragas na plantação. Porém, embora seja notória a sua nocividade, faz parte do dever de segurança informar o usuário sobre os efeitos prejudiciais do uso do produto sem proteção.

E por que tanta preocupação com o consumidor? Por que tratá-lo como um ser inferior na relação de consumo? A resposta é simples: devido à sua vulnerabilidade, evidenciada pela observância de dois fatores que colocam o consumidor em desvantagem no momento da compra ou aquisição do serviço: a) desconhecimento técnico e jurídico; b) inferioridade econômica.

Melo (2008, p. 76) sintetiza esses conceitos de forma exemplar:

Tecnicamente, é o fornecedor que detém o controle e o conhecimento da produção dos bens, pois é ele quem escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. [...] Quanto à capacidade econômica das partes envolvidas, via de regra, o fornecedor detém capacidade econômica maior que o consumidor, individualmente considerado. Do ponto vista da vulnerabilidade jurídica, os contratos de adesão e suas cláusulas abusivas constituem o melhor exemplo. Como esses contratos são elaborados previamente pelos fornecedores, de forma unilateral, temos que a inserção de cláusulas contratuais será realizada de modo a favorecer a posição econômica e jurídica do fornecedor, em detrimento do consumidor aderente.

Essa vulnerabilidade decorre da luta social e da constatação da formação de uma sociedade de risco, derivada da Revolução Industrial, que, priorizando o aumento do lucro, negligenciou a preservação dos direitos vitais do ser humano e o respeito à sua dignidade. Ou seja, todos esses institutos têm um viés protecionista e preventivo, porque a lei já define o que é errado, procurando evitar danos e manter o equilíbrio na relação de consumo. Nesse contexto,

o arbitramento do dano moral, decorrente de um ilícito que viola direitos fundamentais invioláveis em uma relação de consumo, não pode ser limitado com base nos princípios que norteiam o direito civil, mas sim à luz dos princípios do direito constitucional.

Melo, em sua obra *Dano Moral nas Relações de Consumo* (2008), aborda precisamente essa tutela especial dos direitos previstos na legislação. Na narrativa doutrinária, o autor discorre sobre os institutos jurídicos que evidenciam a preocupação do legislador com os direitos do consumidor. Tal preocupação advém do interesse social que se busca tutelar, ou seja, a dignidade humana do consumidor, englobando sua saúde, honra, imagem e intimidade.

Por esse motivo, o consumidor possui privilégios nas relações de consumo e, principalmente, nas análises processuais de causas em litígio. É com essa visão diferenciada que o julgador, ao se deparar com uma causa de consumo, deve considerar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII⁵⁴), a facilitação do acesso à justiça (art. 7º, parágrafo único⁵⁵) e a aplicação da responsabilidade objetiva (arts. 12⁵⁶ e 14⁵⁷), visto que não se trata de tutelar qualquer direito, porém em sua grande parte aqueles caracterizados como fundamentais.

O que se conclui frente a essa análise? Que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública, com fundamentos nos preceitos constitucionais, ou seja, é uma norma que visa combater, na sua essência, atos ilícitos *lato sensu* e proteger direitos invioláveis. Os motivos para isso já foram abordados na parte histórica deste estudo, sintetizados na crescente produção em massa iniciada com a Revolução Industrial, responsável pela criação da chamada sociedade de risco, e que, por sua vez, gerou a necessidade de normas para garantir a igualdade de direitos perante as desigualdades.

Esse é precisamente o propósito da norma consumerista: assegurar o reequilíbrio perdido com o avanço empresarial, que favoreceu grandes instituições empresariais em detrimento da vulnerabilidade técnica e econômica do consumidor. Nesse sentido,

[...] quando falamos em relação de consumo em sentido amplo e, de outro lado, na responsabilização civil extracontratual do fornecedor de produtos

⁵⁴ “A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (Brasil, 1990, art. 6, inciso VIII).

⁵⁵ “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (Brasil, 1990, art. 7, parágrafo único).

⁵⁶ “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (Brasil, 1990, art. 12).

⁵⁷ “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (Brasil, 1990, art. 14).

e/ou serviços, é comum nos depararmos com conceitos privativistas que estão, de há muito, superados, não só pelos princípios informativos da relação de consumo contidos na lei consumerista (vulnerabilidade, hipossuficiência, transparéncia, boa-fé objetiva, etc...), como também pela teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor, que advém dos deveres inerentes à atividade econômica, ou seja, da responsabilidade pelo risco da atividade (Melo, 2008, p. 14).

A criação da responsabilidade objetiva visa justamente responder ao risco criado com as produções em massa, pois, ainda conforme o jurista, “quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais consequências danosas a outrem, em toda a sua integralidade” (Melo, 2008, p. 14).

Em tal ponto, poder-se-ia até questionar: “Mas, já não existe a responsabilidade objetiva prevista no Código Civil em seu art. 927, parágrafo único, que regula a indenização sem a necessidade de comprovação da culpa nos casos de atividade de risco?”. O próprio artigo já traz essa diferenciação, porque somente prevê a possibilidade de responsabilidade objetiva nas hipóteses de atividade de risco, tornando subjetivo o conceito do que seria essa atividade de risco, o que dificulta sua constatação e, consequentemente, sua aplicação prática. Trata-se de uma condição que complica a realização do direito e da justiça.

Já a responsabilidade defendida pela norma do consumidor não impõe condicionantes, limitando-se à presença de um consumidor e de um fornecedor/fabricante do produto ou serviço. Trata-se de uma responsabilidade pautada na teoria do risco presente em qualquer relação envolvendo o consumidor, independentemente de se tratar de uma atividade de risco ou não, ou seja, o risco é presumido.

Com base nesses conceitos e definições, pode-se concluir que a responsabilidade pelo ilícito consumerista deve ser regida a partir da proteção constitucional dos direitos que se pretende tutelar. Em outras palavras, a função da responsabilidade nesses casos não é similar à responsabilização em situações de natureza estritamente civilista. Trata-se de um dano moral civil-constitucional, tema que será aprofundado no próximo capítulo deste trabalho.

3.5 Função do Dano Moral nas Relações de Consumo envolvendo os direitos invioláveis

No tópico anterior, foi abordada a natureza protetiva do Código de Defesa do Consumidor que, com o objetivo de salvaguardar os interesses vulnerabilidades pelo avanço tecnológico, volta um olhar protetor àquele que mais sofre com a sociedade de risco: o consumidor.

O ponto é crucial para a introdução do objeto da pesquisa, pois após extensa exposição doutrinária acerca da natureza jurídica do dano moral, principalmente aquele voltado a tutelar a lesão de direitos invioláveis, conclui-se que a simples averbação da função do dano moral como compensatória/punitiva não é mais suficiente para suprir a necessidade social. A idade contemporânea exige mudança de comportamento do julgador, ao reclamar por uma condenação que possa desestimular novas práticas ilícitas. Melo (2012, p. 108), sintetiza o raciocínio afirmando:

[...] a reparação dos danos morais não busca reconduzir as partes à situação anterior ao dano, meta impossível. A sentença visa a deixar claro que a honra, o bom nome e a reputação da vítima restaram lesionados pela atitude inconsequente do causador do dano. Busca resgatar o bom conceito de que se se valia o ofendido no seio da sociedade. O que interessa, de fato, é que a sentença venha declarar a idoneidade do lesado; proporcionar um reconforto à vítima, e, ainda, punir aquele que agiu, negligentemente, expondo o lesado a toda sorte de dissabores.

A função compensatória nada mais é do que a função de reparar a lesão do ofendido, por meio da condenação. A justiça restaura o equilíbrio infringido do ofendido pelo ofensor, no entanto, tratando-se de direito que não se pode restaurar e de dor que não se pode curar, a condenação propõe uma atenuação do sofrimento, concedendo um sentimento de justiça alcançada.

Nesse mesmo aspecto, a função compensatória exerce concomitantemente a função punitiva, pois ao mesmo tempo que compensa a vítima, diminui o patrimônio do ofensor, como forma de o punir pelo ato falho. Ocorre que esse papel compensatório/punitivo resta superado, exigindo-se uma nova postura dissuasória da condenação, no sentido de desestimular novas práticas ilícitas, não só daquele agente que ofendeu, mas dos demais que exercem a mesma atividade que ele.

O mundo pós-industrialização e pós-modernização inseriu no contexto social a necessidade de uma mudança na forma de entender a responsabilidade civil, porque, na época do Iluminismo, a maior preocupação era com a questão da igualdade de classes. Com o avanço tecnológico e a evolução dos direitos fundamentais após a Segunda Guerra Mundial, a responsabilidade civil passa a ter um viés preventivo, pois está contextualizada dentro de uma sociedade de risco.

Proteger casos como a negativa de autorização de cirurgia para um paciente com câncer, o superendividamento de um pai de família ou a inscrição indevida nos cadastros de proteção

ao crédito vai além da simples condenação, deve-se buscar algo que impacte o padrão comportamental esperado de uma empresa.

Sobre o tema, Rosenvald (2017, p. 28) expõe:

Este viés preventivo, apoiado em uma concepção antropocêntrica e conectada ao significado da dignidade da pessoa humana é o que de melhor o direito pode entregar a uma sociedade em que prevalece o discurso do risco e do medo.

O propósito maior hoje, além do respeito às normas fundamentais que alicerçam a dignidade da pessoa humana, é prevenir riscos, diminuindo a insegurança instaurada com os avanços da produção em massa e a busca desenfreada do lucro a todo custo. Ainda que se trate de responsabilidade eminentemente civil, como ocorre com os direitos passíveis de serem violados, a condenação deve albergar princípios civis constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da prevenção dos ilícitos.

Isso decorre da necessidade de mudar o conceito de culpa para o de risco. Hoje, a condenação não detém mais apenas o propósito reparador baseado na culpa, mas sim um propósito preventivo fundamentado no risco, do qual decai a necessidade da constatação da culpa. Sobre o tópico, ratifica Rosenvald (2017, p. 30):

Atualmente, o caminho percorrido pela maior parte dos estudiosos do direito civil é o de abrir espaço para a responsabilidade independente de culpa, sob pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da culpa, com o deslocamento da ênfase que antes recaía no autor presumido do dano e hoje recai na vítima, e vista da reparação pelo dano sofrido.

No mundo contemporâneo, a função da responsabilização dos ilícitos, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional, deve atender a três requisitos: punir, compensar e prevenir. ‘Compensar/reparar’, ou seja, dirimir os danos, retornando-os ao *status quo ante*, ou compensando a dor e o sofrimento caso a situação não possa ser restaurada. ‘Punir’ visa materializar a justiça retributiva, porque, havendo a prática do ilícito que gera dano, o Estado deve imputar um juízo de correção individualizada ao ofensor. ‘Previnir’, no sentido de criar normas reprovativas que diminuam os riscos em geral.

O último ponto deve ser revisto, considerando que, atualmente, as condenações não estão atingindo a finalidade de prever novas práticas ilícitas no contexto socioeconômico, ao contrário, estão auxiliando no que se denomina danos lucrativos, que serão analisados mais à frente neste trabalho.

Nesse quadro,

[...] em certos casos, principalmente naquele em que é atingido algum direito de personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional. O ‘paradigma reparatório’, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática (Oliveira, 2012, p. 53).

Já existe, em andamento, por meio do projeto do Novo Código Civil, uma proposta no sentido de fomentar a criação de um terceiro dano, denominado sanção pecuniária, tópico que será mais bem estudado no capítulo 4 desta pesquisa.

Nesse momento, chama-se a atenção para o aspecto do dano moral, atualmente vigente, pois o dano moral é o instituto utilizado para auferir a finalidade do legislador com as três funções citadas: compensar, punir, prevenir.

Não se trata de incitar a justiça punitiva, já vivenciada outrora, porém criar uma cultura de desestímulo, propícia a alteração comportamental não só do agente ilícito, mas de todos do contexto social. Por que não se inicia o instituto punitivo a partir da utilização do instrumento de defesa do consumidor, que, como visto, opera com prevalência na proteção dos interesses invioláveis, e do combate de ilícito *lato sensu*?

O Código de Napoleão reproduziu, de forma persuasiva, o desmembramento das consequências jurídicas corretivas e punitivas, já deliberadas pela *Lex Aquilia*, quando dissociou os ilícitos penais dos ilícitos civis, com o propósito de se olvidar as práticas punitivas até então aplicadas nos casos de deflagração do ilícito meramente civil.

A assertiva veio como forma de evolução social e, com os movimentos liberais ocorridos na França, todas essas ideologias foram fincadas no Código Napoleônico com o objetivo de jamais se retroagir. Em outras palavras, o Código de Napoleão tinha uma característica eminentemente reparatória, de caráter patrimonial, vinculada à comprovação da culpa. Essa teoria foi fortemente absorvida pelo Código Civil de 1916 e, posteriormente, pelo Código de 2002, razão pela qual a responsabilidade civil detém natureza eminentemente reparatória, esquecendo completamente o perfil estabelecido pela Constituição Federal de sanção, ou melhor dizendo, punição.

Quando se está diante de um ilícito *lato sensu*, cujo objetivo seja a violação de uma norma sanção de caráter inviolável, a função não pode ser meramente indenizatória/reparatória, pois não há retorno ao *status quo ante*, porém compensatória diante da natureza dos sofrimentos perpassados pela vítima. Bodin de Moraes (2007, p. 145) afirma:

Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; “indenizar” é palavra que provém do latim, “*in dene*”, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é *compensável*, embora o próprio texto constitucional, em seu art. 5º, X, de refira à *indenização* do dano moral.

Daí porque se diz que, ao falar de ofensa a direitos de natureza inviolável, o julgador no momento da sentença, deve observar que o valor do dano moral tem que ter o condão de desestimular a prática daquele ilícito no âmbito da relação consumerista. Do contrário, a condenação almejaria tão somente punir o ofensor, compensar a vítima. Essas funções seriam suficientes, ou haveria a necessidade de uma função social de caráter desestimulatório para que não somente o ofensor, mas outras empresas não cometessesem o mesmo ilícito?

Talvez, agora sob um critério opinativo, esse seja o principal impasse para se reconhecer um caráter punitivo em uma norma que não seja penalista: o temor de se retroagir à era da justiça punitiva. Pois, desde a época do desmembramento dos institutos jurisdicionais, punição tem a ver com penalização, decorrente da prática de ilícitos penais, e correção tem a ver com responsabilização, decorrente de práticas de ilícitos civis. No entanto, não se pode esquecer que o ato ilícito *lato sensu* decorre da simples infração da premissa normativa, sem a necessidade de qualquer subsunção elementar, e sua consequência, na responsabilidade pelo dano moral, rege-se como uma ‘penalização’ pela prática irregular.

Mas essa consequência punitiva só acontece quando há infringência a direitos invioláveis, caracterizados como fundamentais pela Constituição Federal de 1988. Por esta razão, é imprescindível estudar a fonte que explica a característica fundamental desses direitos, a fim de justificar melhor a necessidade da condenação com um olhar mais punitivo em face da sua violação.

Então, qual seria a consequência doutrinária de tudo isso? A consequência seria o reconhecimento de que, conforme a norma que o agente tenha infringido, haverá a constatação de uma espécie de ilícito e, consequentemente, a necessidade ou não da presença de elementos que possam justificar a condenação em dano moral.

A partir do ato ilícito, tem-se a função do dano moral. O ato ilícito *stricto sensu* tem a função de reparar o ofendido pela falha do ofensor, retornando a coisa ao estado que se encontrava ao tempo do ilícito. Já o ato ilícito *lato sensu* tem o ‘condão’ de reprovar o ato de transgredir uma norma constitucional previamente estabelecida, aqui albergando as normas atinentes ao direito do consumidor.

De forma mais clara, enquanto o ato ilícito *stricto sensu*, na esfera civilista, tem o propósito de reparar a falha cometida na tentativa de retornar às coisas ao estado anterior em que se encontravam antes do mal feito (como no caso de um simples inadimplemento contratual pela ausência de pagamento de um serviço prestado), o ato ilícito *lato sensu* tem o propósito de compensar a vítima pelos danos sofridos, considerando a impossibilidade de se retornar ao *status quo ante* (como na impossibilidade de se reaver uma viagem de lua de mel frustrada pelo cancelamento unilateral da empresa de aviação).

O propósito de todo ordenamento jurídico é implantar uma conduta compatível com os ditames morais de uma sociedade em uma determinada época. Dessa maneira, toda norma possui caráter preventivo, e a possibilidade de punição em caso de deflagração da norma detém o condão de desestimular a prática de novos ilícitos.

Um julgador que exerce sua função sem tal objetivo claro não o faz de maneira a conjecturar a finalidade para a qual o instituto da responsabilização foi criado.

Seguindo a linha filosófica de Rosenvald (2017, p. 34):

[...] responsabilizar já significou punir, reprimir, culpar, com o advento da teoria do risco, responsabilizar se converteu em reparação de danos. Na contemporaneidade, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos.

No entanto, o rebote não pode ser maléfico, a fim de gerar uma responsabilização e condenar a qualquer custo, mas fazê-la utilizando-se de fundamentos previamente estabelecidos, com o fito de fundamentar de forma jurídica a formação da convicção do juiz.

4 A QUESTÃO ACERCA DA AFERIÇÃO E DO ARBITRAMENTO DO DANO MORAL

Após estudar o 1º e o 2º capítulo deste trabalho, pode-se afirmar que o dano moral, definido pela Constituição Federal de 1988, tem o papel de salvaguardar os direitos fundamentais, em especial os invioláveis, como forma de garantir sua eficácia bem como a proteção do Estado Democrático de Direito conquistado a duras lutas. Da mesma forma, restou concluído que o Código de Defesa do Consumidor, por ser um instrumento proveniente da CF/88, detém natureza constitucional, e, desta forma, o dano moral deve servir como um escudo protecionista da ordem e harmonia das relações comerciais.

Asseverou-se também que o CDC detém interesse em proteger o consumidor, e assim, exclui a responsabilidade pautada na culpa subjetiva, confirmando ainda mais a sua natureza constitucional e sancionatória, a luz da teoria da norma com caráter sancionador.

Pois bem, no presente capítulo, serão abordados os problemas enfrentados pelos juristas e aplicadores da lei na conjuntura jurídica atual, considerando a ausência de previsão mais objetiva do que seria o dano moral, bem como os critérios que devem ser levados em consideração do momento do arbitramento do valor, a fim de que não haja o que hoje se chama de ‘justiça da loteria’.

O capítulo foca o tema central do problema enfrentado pelo presente estudo, e quais as consequências decorrentes da arbitrariedade dos julgamentos. É cediço que a condenação pela ocorrência do dano moral, como elemento da responsabilidade civil decorrente do ato ilícito, surgiu com o intuito de restaurar a confiança das pessoas acerca das relações jurídicas vivenciadas. A condenação deveria restaurar a harmonia, e restabelecer a confiança do consumidor na celebração dos contratos junto às empresas, como as de telefonia, bancárias, de plano de saúde, de aviação, dentre outras. Contudo, o que se nota hoje, é que as pessoas sofrem as lesões, buscam o judiciário com o intuito de minorar seu sofrimento, objetivo muitas vezes nem alcançado diante dos valores ínfimos arbitrados, e consequentemente os ilícitos perpetuam.

Logo, o que se tem são consumidores temerosos, e fornecedores descompromissados com seu papel na sociedade, visando apenas o lucro, mesmo que condicionado à ocorrência de danos. Mas qual a razão que justifica a forma hodierna de julgar? Seria o número de demandas judiciais, que não proporcionam uma análise mais apurada acerca do caso litigado? Seria a dificuldade de discernir o dano moral, de um mero aborrecimento? Seria a ausência de parâmetros objetivos que possam auxiliar o julgador no arbitramento do dano? Ou seriam as regras civis que limitam a fixação do valor a ser arbitrado?

O presente capítulo irá abordar tais pontos, com o propósito de construir uma ideia que justifique a necessidade da mudança de postura jurisdicional, como forma de alterar o ciclo vicioso das empresas que trabalham com a perspectiva do dano lucrativo, em razão da desvalorização do consumidor.

4.1 A questão acerca da ‘aferição’ do Dano Moral

Antes de se adentrar acerca da quantificação e da apuração, é necessário trazer à baila a problemática enfrentada na detecção da conceituação do que seria o dano extrapatriomial.

Os danos extrapatriomoniais servem para assegurar o princípio do livre desenvolvimento da pessoa humana (Cahali, 2005). Mas o que seria o livre desenvolvimento da pessoa humana?

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, traz a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, e a reparação de qualquer ato que viole a dignidade da pessoa humana como uma segurança ao Estado Democrático de Direito. Então, a responsabilização pela causa dos danos extrapatriomoniais é mais do que uma causa civil. É uma causa civil- constitucional, porque ela traz em seu contexto a necessidade da proteção que vai além dos danos meramente civis. São danos que adentram já nos fundamentos que permeiam a formação do nosso estado democrático de direito (Bodin de Moraes, 2007).

O artigo 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, consagrou como fundamento da República Federativa do Brasil o reconhecimento da reparação dos danos extrapatriomoniais, a partir da necessidade da observância de uma vida digna. Então, daqui já se extrai um tópico de suma importância: quando se está diante de responsabilização pelos danos extrapatriomoniais, mais do que reparar os danos, deve-se ter em foco a proteção primordial da República Federativa. No momento em que se banaliza o instituto da reprovação da conduta, desrespeita- se os próprios fundamentos da CF/88, no que define a dignidade da pessoa humana.

No capítulo 2, houve definição do que seria o ato ilícito *lato sensu* e *stricto sensu*, e na ocasião restou acertado que o dano moral analisado na presente obra, seria aquele decorrente do ato ilícito *lato sensu*, que gera direito à compensação dos efeitos, sem a necessidade da comprovação dos demais elementos da responsabilização civil, como a culpa e o dano, bastante a prova do ato.

O conceito do dano moral é partida inicial para se resolver o problema acerca da fruição e eficácia da medida, quando houver infringência a direitos de natureza não reparável. A doutrina, como a de Assis (1999) e Severo (1996), distingue o conceito do dano moral, sob dois aspectos: a) negativo; b) e, pelo efeito causado, respectivamente.

Na primeira assertiva o doutrinador afirma que tudo que não for aferido de forma material será dano extrapatrimonial, no entanto, o segundo doutrinador já afirma que os efeitos que irão distinguir os danos extrapatrimoniais, na medida que se os efeitos causados pelo ilícito não puderem ser solucionados no aspecto da matéria, este será resolutivo apenas no aspecto extrapatrimonial.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 97), mesclam os dois conceitos ao afirmarem que “o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro”. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade). Na prática, ainda é um grande gargalo a definição de forma sedimentada sobre situações reconhecidamente ou não de cunho moral. Isso se deve ao fato da ausência de conceito único e mais objetivo.

O mais assertivo seria definir o dano moral, a partir da natureza do ilícito e natureza do direito infringido. Assim, havendo ato ilícito *lato sensu*, que transgrida direito inviolável, o resultado não traz controvérsia, há o dano moral. No entanto, essa não é a realidade vivida, o que gera decisões conflitantes, em que uns reconhecem o mesmo fato como dano moral, e outros como mero aborrecimento, tópico que será analisado a seguir.

4.2 A questão acerca do ‘arbitramento’ do Dano Moral

Ao analisar a sociedade contemporânea, é possível afirmar que ela é a mesma do século XIX, período marcado pela luta por igualdade entre as classes, impulsionada pelos avanços da Revolução Industrial?

Naquele tempo, os filósofos criticavam o comportamento da burguesia, que, visando apenas ao lucro, oprimia a classe operária e contribuía para o aumento da pobreza e, por consequência, para a desigualdade social. Atualmente, além da luta por igualdade social, a conjuntura exige a restauração da confiança e da boa-fé objetiva nas relações de consumo. O acelerado crescimento industrial e a obsessão pelo lucro desencadearam diversos problemas, como a necessidade de estimular o poder de compra da população e a produção em massa sem fiscalização adequada — fatores que comprometeram significativamente a qualidade e o usufruto de produtos e serviços.

Conforme o *Relatório Justiça em Números* (2024), as matérias mais demandadas judicialmente referem-se a danos morais e materiais. O documento aponta que esses danos

correspondem a 12% das novas ações judiciais — aproximadamente 4 milhões de processos — decorrentes de relações trabalhistas, cíveis e consumeristas.

O Relatório prossegue destacando que apenas os danos morais respondem por 2.590.563 ações judiciais, superando significativamente as ações fiscais, que somam 1.640.042 processos. Até então, estas últimas detinham o maior percentual de judicialização.

Mas, então, o que mudou? O risco na relação de consumo emerge da característica consumista da sociedade atual, incentivada a adquirir cada vez mais, e da produção desenfreada, voltada exclusivamente ao lucro. Uma vez gerados tais riscos, sua concretização pode ocasionar danos, os quais, por sua vez, dão origem a ações judiciais.

Dias Toffoli, ministro do Supremo Tribunal Federal, ao comentar os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, destacou que o Judiciário brasileiro é o que mais julga no mundo e concluiu:

Vale lembrar que vivemos em uma sociedade de consumo e que muitas dessas relações dizem respeito ao consumo. É, de certo modo, esperado, portanto, que a complexidade da vida urbana leve a mais demandas por reparação por danos materiais e morais (Consultor Jurídico, 2024, p. 38-39).

Dessa forma, o crescimento das demandas judiciais justifica-se diante do aumento do consumo e da ineficácia das condenações, que não alteram as práticas ilícitas no cenário consumerista. Inclusive, há quem atribua a impossibilidade de análise da culpa a esse contexto social, agravado pelo volume desordenado de ações judiciais. Sobre o tema, Couto aduz (2023, p. 181):

Dentre as várias explicações para o abandono da análise da culpa na reparação, duas merecem destaque. Primeiro, o mundo está ingressando em uma era de agilidade, rapidez e fluidez, precisando de mecanismos administrativos e jurídicos que sejam operacionais – como disposto no Código Civil – para resolver as necessidades das pessoas e objetos. Sob tal ótica, abandona-se a análise da culpa e valoriza-se a presença do dano (é tal fenômeno pode ser descrito como a objetivação da responsabilidade civil, é a busca pela rapidez); Segundo, a questão da vulnerabilidade técnica, informacional, econômica e individual foi excessivamente desprezada no passado, abrindo espaço para movimentos políticos, sociais e culturais exigirem uma facilitação de defesa e contraditório do mais vulnerável, o consumidor. Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor, a Jurisprudência, o Código de Processo Civil caminharam rumo a proteção do mais fraco (consumidor) através da dispensa da prova da culpa para uma reparação, bastando a presença da tríade de agente, nexo causal e dano.

O modelo capitalista estabelece um padrão de vida pautado na busca por conforto, status social e felicidade. Através do poder de compra, cria-se uma percepção equivocada de que o dinheiro possibilita conquistar tudo e alcançar a plena felicidade. Essa narrativa gera um ciclo de superendividamento do consumidor que, na busca por essa felicidade ilusória, recorre cada vez mais a empréstimos para ampliar seu poder de compra e suposta felicidade (Lipovetsky, 2007).

Diante desse contexto — considerando que a sociedade contemporânea está mais consciente de seus direitos, tem maior acesso ao Judiciário (como evidenciam os juizados especiais) e conta com uma legislação mais protetiva, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor — não surpreende o crescimento exponencial de ações judiciais, reflexo direto da transformação do comportamento social. Daí a relevância da aplicação adequada do Código de Defesa do Consumidor, fundamentada nos princípios da Boa-fé Objetiva e da Transparência, em perfeita sintonia com o perfil da sociedade contemporânea.

Diante do perfil da sociedade acima, o Judiciário deve adotar uma perspectiva crítica ao analisar a conjuntura nos julgamentos, para que, ao cumprir seu papel, possa transformar a realidade e contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e íntegra. Todavia, o que se observa nas decisões hodiernas são julgamentos desprovidos de propósito ou finalidade clara. Embora seja consabido que as finalidades da responsabilidade civil — a reparação ou compensação, a punição e a prevenção de ilícitos — estejam consolidadas no sistema oriundo do Código Napoleônico, na prática, limita-se a uma mera reparação, negligenciando as demais funções. Essa postura esvazia o instituto, tornando-o ineficaz. Alega-se que o mercantilismo judicial corrompe o sistema. Contudo, que interesses ocultos sustentam a indústria de litígios? É cediço que, por uma questão racional, as decisões proferidas pelos juízes de primeira instância deveriam ser mais fundamentadas e condizentes com a verdade real do processo, já que eles têm contato direto com as partes, de forma presencial. Já os Tribunais não dispõem dessa proximidade. No entanto, o que se observa na prática é um contrassenso: as sentenças de primeira instância fixam valores menores, enquanto as de segunda instância estabelecem valores maiores.

O fato gera uma prática processual maculosa: quanto mais se demanda, mais se obtém, tornando lucrativo para as partes e seus patronos a perpetuação da ação por anos a fio. Ao final, a solução se revela altamente vantajosa, o que desvirtua a função primordial da jurisdição, bem como o objetivo original do processo — que era a reparação do dano e a punição do ofensor, porém que agora se transformou em mera busca por lucro.

O juiz, ao julgar, deve ater-se aos fatos e à necessidade de fundamentar sua decisão, evitando assim a arbitrariedade em detrimento da liberdade de convencimento. Deve pautar-se nas provas produzidas nos autos, tal como nos precedentes que repercutem na esfera jurisdicional, a fim de evitar decisões isoladas e desconexas com a prática jurídica consolidada. Quanto aos direitos invioláveis, cumpre reconhecer que a reparação integral da dor, da humilhação ou do vexame jamais será alcançada. O ordenamento jurídico, em sua limitação intrínseca, só pode oferecer uma atenuação do sofrimento mediante compensação por danos morais. Todavia, na ausência de critérios objetivos para fundamentar a valoração do dano moral, a tarefa do magistrado torna-se particularmente complexa. Como bem destacou Bodin de Moraes (2019, p. 2): “O magistrado, na prática, recebe um cheque em branco, para decidir o que bem entender: ele *personifica* do dano bem como sua valoração e não se exige – nem se espera – que motive, do ponto de vista da racionalidade ou da quantificação, a sua decisão”.

Delgado (2004, p. 136) aborda com singular pertinência a questão da ineficácia compensatória do dano moral:

No dano moral, uma vez produzido, a pessoa sofrerá seus efeitos *ad eternum*. Mesmo que o tempo seja o melhor remédio, capaz de cicatrizar qualquer ferimento. A verdade é que o dano moral, não se cicatriza completamente. Sempre haverá uma senda por onde pode vazar um pouco do exsudato que se formou com a ferida produzida pelo dano moral original. Qualquer lembrança do evento danoso trará à lembrança da vítima resquícios de sofrimento íntimo. Assim, impossível a reparação do dano moral.

À luz dessas considerações, conclui-se que, no âmbito dos direitos invioláveis, as condenações por danos morais devem observar com maior coerência os fundamentos da responsabilidade civil, reconhecendo a impossibilidade de reparação integral dos efeitos danosos decorrentes da lesão consumada. Entretanto, considerando que as sentenças apenas aferem valores sem qualquer adequação aos requisitos de tarifação, transformam o julgamento em uma loteria, concedendo milhões a alguns e migalhas a outros. Tal disparidade torna o instituto completamente ineficaz e gera outras mazelas sociais.

4.3 Consequências geradas pela ausência de parâmetros de aferição e arbitramento

A ausência de parâmetros e critérios gera resultados que repercutem tanto na esfera econômica da sociedade quanto no comportamento das partes no processo.

De forma preliminar, já se vislumbram as consequências decorrentes da ausência de um conceito mais sedimentado acerca do que seria o dano moral e da forma como ele deve ser

arbitrado. Entre elas, destacam-se: a judicialização das desavenças comerciais, o mercantilismo da prática judicial e a advocacia predatória. Contudo, existem sequelas ainda mais graves que comprometem o direito fundamental à proteção da dignidade da pessoa humana, manifestas na banalização da dor — ou, por que não dizer, na própria banalização do dano moral.

Banalizar a dor de quem sofreu perdas irreparáveis — como a recusa de uma oportunidade de emprego devido ao atraso de um voo, a frustração de um casamento por um bolo estragado ou a depressão decorrente da queda de cabelo causada por produtos não autorizados pela ANVISA — transcende, assim como tantos outros casos da vida em sociedade, a mera questão das despesas judiciais desnecessárias. A ausência de parâmetros gera consequências extremas: a supervalorização de qualquer sofrimento incentiva a indústria do dano moral, enquanto sua desvalorização perpetua danos lucrativos.

4.3.1 Banalização do Dano Moral e o incentivo à Indústria do Dano Moral

A sociedade de risco gerou um sentimento de insegurança nas relações consumeristas, impulsionando a evolução da teoria da responsabilidade civil — antes fundamentada na culpa — para uma responsabilidade baseada no risco, como ocorre na hipótese da culpa objetiva.

Conforme já explicitado em tópico anterior, para a condenação por dano moral decorrente da violação de direitos invioláveis — por se tratar de uma norma sancionatória —, basta a comprovação da infração ao direito, ou seja, a mera constatação do ato violador, dispensando-se tanto a culpa quanto a demonstração do dano em si.

Esse era o entendimento majoritário adotado pelo Superior Tribunal de Justiça na análise desses casos. Confira-se, a título exemplificativo: “Estando comprovado o fato não é preciso a prova do dano moral” (Brandão, 2015, n.p.); “A prova do fato que gerou lesão à reputação da pessoa jurídica é suficiente para a indenização do dano moral” (Brasil, 2009, p. 11); “Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo que se cogitar de prova da existência de prejuízo ou dano” (Brasil, 2009, p. 11).

Cecconi (2023, n.p.) estabelece uma correlação direta entre os direitos considerados lesados *in re ipsa*, conforme se observa na seguinte passagem:

[...] protesto indevido (REsp 1.432.324/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/12/14, DJe de 4/2/15); corpo estranho em produto alimentício (AgInt no REsp 1.517.591/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 6/3/23, DJe de

9/3/23); danos físicos (REsp 1.306.167/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/12/13, DJe de 5/3/14); morte de parente (AgInt no REsp 1165102/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/11/16, DJe 07/12/16); recusa indevida do plano de saúde de realizar tratamento prescrito por médico (AgInt no AREsp 1573618/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2020, DJe 30/06/2020); publicação não autorizada de imagem (AgInt no AgInt no AREsp 1546407/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/05/2020, DJe 26/5/20); falha da prestação de serviço essencial.

Nessa perspectiva, no que concerne à reparação por dano moral, prevalece o entendimento de que a responsabilidade civil do agente configura-se pelo simples fato da violação, tornando dispensável a comprovação de prejuízo concreto. Esse posicionamento está consolidado no Resp n. 1.731.244, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro César Asfor Rocha, em sessão de 11 de setembro de 2001, com publicação no Diário da Justiça em 19 de novembro do mesmo ano (Brasil, 2001).

Noutros termos, como bem sintetiza Cavalieri Filho (1998, p. 80):

[...] provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum; provado que a vítima teve seu nome aviltado, ou sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.

A partir dessa fundamentação jurídica, o consumidor pode tornar-se excessivo ao recorrer à justiça para todo tipo de situação, inclusive as infundadas.

Bodin de Moraes (2009) afirma que a combinação entre uma noção ampla, geral e irrestrita — segundo a qual tudo seria passível de ser considerado sofrimento — e a dispensa da comprovação da culpa (*culpa in re ipsa*) constitui um dos fatores essenciais para explicar tanto a banalização do instituto do dano moral quanto o crescimento da corrente doutrinária conhecida como Teoria da Indústria do Dano Moral.

A sociedade evoluiu em suas práticas comerciais e, subsequentemente, em seus conflitos, passando a demandar um mecanismo regulador capaz de coibir as condutas ilícitas praticadas pelas empresas. Tal instrumento exibiu a responsabilização do ofensor. Desse modo, conforme estabelecido pela Súmula nº 37 do STJ⁵⁸, aquele que pratica ato ilícito deve responder por seus atos tanto material quanto moralmente.

⁵⁸ “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Brasil, 1992, p. 3172).

Não obstante os avanços legislativos no que tange à condenação por atos ilícitos — particularmente nos casos de danos caracterizados como *in re ipsa* — e à compensação da vítima através de indenizações por danos morais, o ordenamento jurídico não estabeleceu parâmetros objetivos pré-definidos para a configuração desses casos, nem critérios uniformes para a caracterização do dano moral passível de reparação.

Essa lacuna normativa gerou excessiva subjetividade na apreciação dos casos, levando, por consequência, ao reconhecimento indiscriminado de danos morais nas mais diversas situações. Tal fenômeno resultou no sobrecarregamento do Poder Judiciário e, não por acaso, na criação de mecanismos para obtenção de vantagens financeiras através do sistema judicial

— a famigerada indústria do dano moral.

Porém, em grande parte, esse tipo de ação se salvaguarda em valores baixos e sem influência social, apenas números para produção jurisdicional.

Bodin de Moraes (2007, p. 52-53) analisa criticamente essa situação, ressaltando:

Este ambiente de indenizações a todo vapor, normalmente a baixo valor, aliado a loterias e enigmas, está a resultar na desmoralização do dano moral, e consequentemente, da dignidade humana. Quando tudo se pode indenizar, passa-se a creditar que tudo tem seu “preço”, transformando, por essa via, todas as situações subjetivas, inclusive as extrapatrimoniais, em situação patrimonial, sob um certo sentido, na medida em que passíveis de indenização em dinheiro.

Nesse contexto, consolida-se o entendimento firmado pela Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze no julgamento do REsp 1.653.413/RJ:

A caracterização do dano moral *in re ipsa* não pode ser elastecida a ponto de afastar a necessidade de sua efetiva demonstração em qualquer situação. Isso porque ao assim proceder se estaria a percorrer o caminho diametralmente oposto ao sentido da despatrimonialização do direito civil, transformando em caráter meramente patrimonial os danos extrapatrimoniais e fomentando a já bastante conhecida ‘indústria do dano moral’ (Brasil, 2016, p. 4).

O indivíduo que antes garantia sua expectativa econômica por meio do próprio trabalho e esforço, agora, imerso nessa sociedade de risco, passa a torcer para ser vítima de um ato ilícito que possa lhe render um bom dinheiro. É assim que surgem as infundáveis ações infundadas e sem qualquer fundamento legítimo. Acontece que, ao seguir essas orientações sem respaldo teórico ou jurisprudencial, tais ações acabam julgadas procedentes, comumente com condenações em valores elevados, levando o indivíduo a crer que não há obstáculos para ingressar com uma demanda judicial — especialmente quando pode usufruir dos benefícios da

justiça gratuita. Ao obter êxito, conclui que se tratou de uma atitude lucrativa, como se tivesse ganho na loteria, a tão almejada ‘sorte grande’.

Conclui-se, então, que a mera identificação do dano moral pelo simples fato do ato ilícito não constitui, ainda, a forma mais precisa para caracterizar o dano injusto. Tal abordagem também gera injustiça, visto que o juiz acaba tratando danos distintos, decorrentes do mesmo ato ilícito, com condenações análogas. Um exemplo emblemático dessa temática são os casos de atraso de voo, tomando como base as recorrentes falhas no serviço prestado por companhias aéreas.

No primeiro caso, uma mãe e sua filha tiveram o voo cancelado (trecho Miami a Belo Horizonte) e só foram realocadas em um novo voo 24 horas depois, permanecendo no aeroporto sem qualquer assistência durante todo esse período. Surpreendentemente, a condenação, fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), foi considerada razoável em sede de Recurso Inominado. Em análise crítica ao julgado, o jurista Leonardo Beraldo (2023) classifica a decisão como um exemplo flagrante de má fundamentação, além de genérica para qualquer apreciação envolvendo dano moral, realçando ainda a problemática de julgar com o intuito de cumprir metas.

Em um segundo caso, envolvendo um atraso de voo de nada menos que 119 horas — sem qualquer tipo de assistência aos passageiros —, a condenação foi fixada em R\$ 11.000,00 (onze mil reais) (Brasil, 2021). Evidentemente, o julgamento não avaliou de forma proporcional os transtornos sofridos pelos passageiros, limitando-se a reproduzir o modelo padrão de sentença.

Por fim, menciona-se o terceiro e último julgado analisado, com o fito de reforçar a necessidade de estabelecimento de parâmetros objetivos para a fixação do *quantum debeatur*. O mérito da ação abordava a questão da alteração unilateral do contrato pela companhia aérea, que antecipou o voo em aproximadamente 17 horas — fato permitido pelo art. 12 da Resolução nº 400 da ANAC, desde que houvesse comunicação prévia com 72 horas de antecedência em relação ao embarque. Contudo, essa comunicação não exige comprovação de recebimento pelo contratante, limitando-se ao envio pela contratada. Como era possível de se esperar, o passageiro, por ter uma rotina agitada, não verificou sua caixa de e-mail e só tomou conhecimento da alteração um dia antes do voo, optando, então, por desistir da viagem. Nesse caso, a companhia aérea restituíu o valor integral do contrato. Apesar disso, o passageiro ajuizou a ação e obteve indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (Brasil, 2021).

Analisando os três casos apresentados, arremata-se que não há fundamento algum para justificar os valores concedidos. Em nenhum dos julgados houve menção aos fatores que ocasionaram a estimativa valorada. Não se menciona a integridade, o desvio produtivo, a angústia ou qualquer outro elemento específico, apenas cita-se o dano moral de forma genérica, delimitando um valor para aquela dor e nada mais.

Qual é o resultado? Decisões conflitantes, pois, sem dúvida, a situação da mãe com sua filha no aeroporto por 24 horas — e recebeu R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) — é muito mais angustiante e frustrante (nos sentidos dos abalos dos direitos fundamentais) que a situação narrada na última ação, na qual a parte desistiu do voo, além de ter o reembolso do valor, auferiu R\$ 10.000,00 (dez mil reais) de dano moral.

Um fato interessante ocorreu no julgamento do AREsp nº 2130619/SP⁵⁹, referente ao vazamento de dados protegidos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, Lei nº 13.709/2018). Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que “o vazamento de dados pessoais não gera dano moral” (Brasil, 2023, n. p.).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que dados como nome, sobrenome, data de nascimento, Registro Geral (RG), gênero e telefone são considerados dados comuns e que seu vazamento, por si só, não é capaz de ocasionar dano à honra ou à imagem da pessoa, uma vez que não há constatação de dor, humilhação ou vexame. O tribunal não avaliou o direito violado em si, mas sim a ausência de consequências danosas decorrentes da disponibilização desses dados a terceiros de má-fé. No entanto, em contexto semelhante, a 3ª Turma do Superior

⁵⁹ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS. DADOS COMUNS E SENSÍVEIS. DANO MORAL PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE.

NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. I - Trata-se, na origem, de ação de indenização ajuizada por particular contra concessionária de energia elétrica pleiteando indenização por danos morais decorrentes do vazamento e acesso, por terceiros, de dados pessoais. II - A sentença julgou os pedidos improcedentes, tendo a Corte Estadual reformulada para condenar a concessionária ao pagamento da indenização, ao fundamento de que se trata de dados pessoais de pessoa idosa. III - A tese de culpa exclusiva de terceiro não foi, em nenhum momento, abordada pelo Tribunal Estadual, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide, na hipótese, a Súmula n. 211/STJ . *In casu*, não há falar em prequestionamento ficto, previsão do art. 1.025 do CPC/2015, isso porque, em conformidade com a jurisprudência do STJ, para sua incidência deve a parte ter alegado devidamente em suas razões recursais ofensa ao art. 1022 do CPC/2015, de modo a permitir sanar eventual omissão através de novo julgamento dos embargos de declaração, ou a análise da matéria tida por omissa diretamente por esta Corte. Tal não se verificou no presente feito. Precedente: AgInt no REsp 1737467/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 8/6/2020, DJe 17/6/2020. IV - O art. 5º, II, da LGPD, dispõe de forma expressa quais dados podem ser considerados sensíveis e, devido a essa condição, exigir tratamento diferenciado, previsto em artigos específicos. Os dados de natureza comum, pessoais, mas não íntimos, passíveis apenas de identificação da pessoa natural não podem ser classificados como sensíveis. V - O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações. VI - Agravo conhecido e recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (Brasil, 2023, n.p.).

Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 1.758.799 (Brasil 2019), firmou entendimento contrário, reconhecendo que a disponibilização não autorizada de dados pessoais gera dano moral presumido.

Em síntese, temos julgados de mérito análogo com orientações diametralmente opostas: enquanto um fundamentou-se exclusivamente na análise das consequências efetivas do dano moral, o outro considerou a própria violação do direito fundamental à proteção de dados como suficiente para caracterizar o dano.

Diante da ausência de parâmetros, cada magistrado julga conforme seu próprio critério. Alguns banalizam o instituto legal, relativizando os efeitos de uma condenação ao arbitrar valores irrisórios, sem qualquer impacto social ou responsabilidade efetiva. Outros, por sua vez, sequer reconhecem a ocorrência do dano, classificando-o como mero aborrecimento. Dessa maneira, o julgamento desprovido de uma análise mais apurada do direito pode gerar injustiças, não sendo a maneira mais adequada para aferir se houve dano moral ou mero aborrecimento.

Uma hipótese exemplificativa do aludido ocorreu com a condenação da empresa por danos morais de forma indevida, no caso do rapaz que levou o carro para conserto, mas enfrentou dificuldades devido ao tempo excessivo despendido no reparo do veículo. O caso foi julgado pelo STJ, que condenou a empresa do ramo ao pagamento de 50 salários-mínimos (considerando o salário do ano 2000) (Brasil, 2001).

Na decisão, o Ministro ressaltou: “sofreu o apelante constrangimento de toda a natureza, obrigado a que ficou a reclamar, persistentemente, para que seu veículo fosse consertado convenientemente, bem como pela não utilização dele durante aquele longo período” (Brasil, 2002, n.p.). Indaga-se: houve dano moral? Em caso afirmativo, o valor fixado foi proporcional ao direito infringido? Ou, na verdade, apenas fomentou a indústria do dano moral?

Destarte, resta evidente que o valor fixado revelou-se desproporcional ao dano efetivamente sofrido, tratando-se de mero aborrecimento cotidiano, insusceptível de caracterizar violação grave aos direitos do consumidor:

Atualmente, o excesso de demandas ajuizadas sem quaisquer propósitos, abarrotam o judiciário, e derrogam os efeitos para o qual a lei foi pensada pelo legislador, fazendo se crer na teoria da indústria do dano moral, em que pese alguns doutrinadores, refutarem a hipótese:

É certo que em muitos casos a vítima propõe ação sem base fática ou jurídica. Também é certo que os valores pleiteados, muitas vezes sob os auspícios da justiça gratuita, são muito elevados em comparação com o dano sofrido. Todavia, esses casos não são a regra e cada dia mais os pedidos têm sido feitos em valores compatíveis com os fixados pela jurisprudência. Assim, não existe a “indústria dos danos morais”, e sim, alguns pedidos que

discrepam do bom-

senso e da proporcionalidade que deve existir entre o dano e o valor da indenização correspondente (Andrade, 2006, p. 51).

A prática desenfreada de julgamentos sem base normativa, ao bel-prazer do julgador, gera decisões que incitam a indústria do dano moral e contribuem para potenciais falências empresariais. Esse fenômeno é evidente no setor da aviação, em que empresas enfrentam situações financeiras críticas, agravadas pelo cenário atual de judicialização indiscriminada e pelo favorecimento de ações judiciais a qualquer custo.

Abaixo, colaciona-se um exemplo relevante de um julgado recente do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a matéria:

Dano moral – Especificação Das Consequências – Necessidade. Não basta o alegado fato objetivo do dano para fulcrar pretensa indenização por dano moral que reclama; mas, sim, a especificação das consequências do fato danoso na integridade do autor, sob pena de inépcia por ausência de causa de pedir (Santos, 2012, n.p.).

O que se pretende não é negar a existência do ilícito, porém propor o arbitramento do dano moral de forma mais objetiva, a partir de critérios mais específicos, parâmetros mais equânimes e com regras mais claras.

Desde que haja a devida providência na definição desses institutos, as iniquidades demonstradas irão perecer, assim como a prática desenfreada da advocacia predatória — também uma das grandes responsáveis pelo excesso de ações judiciais infundadas no sistema.

O erro deriva da ausência de um conceito exato sobre o que seja dano moral e de como quantificá-lo, ou seja, na dúvida entre caracterizá-lo ou não, o mais adequado será arbitrar um valor irrisório — até que surja um sistema de avaliação capaz de delimitar as situações e resolver as incertezas. Até lá, não se pode evitar arbitrariedades e imprevisibilidades ou, na melhor acepção: injustiças.

4.3.2 A Banalização do Dano Moral e o Incentivo ao Dano Lucrativo

Após a avalanche de ações, a função jurisdicional mostrou-se inapta a atender aos anseios sociais na busca por direitos. Diante desse cenário, com fulcro na Emenda Constitucional nº 45/2004, deliberou-se a necessidade de assegurar a duração razoável do processo. Em seguida, com o propósito de efetivar essa deliberação, criou-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja finalidade é fiscalizar a produtividade do Poder Judiciário,

estabelecendo metas anuais relacionadas à redução do acervo processual e ao julgamento integral dos processos distribuídos no curso de cada exercício.

A partir da premissa, os julgadores entenderam que era necessário alterar a perspectiva adotada diante dos problemas sociais — amplamente demandados em massa —, passando a enquadrar a maioria deles como meros aborrecimentos e banalizando o instituto constitucional do dano moral. Em vez de classificar todas as situações como dano moral — postura que incentiva a judicialização com o intuito de obter vantagem financeira (indústria do dano moral)

—, passou-se a enquadrar muitos casos como meros aborrecimentos, na tentativa de conter a excessiva judicialização das relações de consumo. Ou seja, a preocupação central deslocou-se do respeito ao preceito fundamental da decisão para a redução do congestionamento do Poder Judiciário. Nesse sentido,

É importante que as partes envolvidas e o sistema jurídico saibam distinguir entre esses conceitos para evitar o excesso de ações judiciais e garantir que a responsabilidade civil seja aplicada de forma justa e proporcional. Isso ajuda a proteger os direitos fundamentais das pessoas e a manter um equilíbrio entre a liberdade de ação e a proteção contra abusos no convívio social. Além de evitar que o pleito de indenização por dano moral seja banalizado (Cecconi, 2023, n.p.).

Barreto (2016) apresenta uma análise sobre o episódio, destacando que a mudança de paradigma jurídico procura conter a proliferação de processos por meio de uma jurisprudência defensiva — seja sob a perspectiva de negar indenização, seja pela redução a valores ainda mais inexpressivos. Trata-se, portanto, de uma jurisprudência defensiva material.

Essa perspectiva atribui a responsabilidade pelo aumento das demandas judiciais ao julgamento dos danos morais, sugerindo que, se as ações forem julgadas improcedentes ou tiverem valores indenizatórios menores, as pessoas irão ponderar com maior cautela sobre a conveniência de acionar o Poder Judiciário. Dessa forma, busca-se mitigar a excessiva judicialização das relações de consumo e a advocacia predatória.

Definir todo dano como mero aborrecimento seria a melhor saída para enfrentar esse problema? Não seria muito mais eficaz combater essa mazela condenando a parte por litigância de má-fé e instaurando processos disciplinares na classe perante a Ordem dos Advogados do Brasil?

Em julgado recente pelo TJSP, no Processo nº 1005247-17.2023.8.26.0655 (Migalhas, 2025, n.p.), o juiz da causa fundamentou a extinção da demanda da seguinte forma, destacando-se, a seguir, as partes mais relevantes para este estudo:

Nesse ponto, entendo que é importante salientar que o patrono distribuiu em curto espaço de tempo 22 ações em nome do autor somente nesta Comarca, versando sobre fatos semelhantes, todas instruídas com os mesmos documentos. Tudo parece indicar que o patrono tem se valido dos benefícios da gratuidade judiciária para se aventurar em juízo. As alegações são estereotipadas e foram veiculadas por petições padronizadas, todas com o objetivo de ver revistos contratos que não instruem os pedidos. As ações distribuídas - uma para cada contrato supostamente firmado - indicam a prática de advocacia predatória. Causa preocupação a utilização de processos para conseguir objetivo ilegal, conduta de má-fé processual prevista no artigo 80, inciso III, do Código de Processo Civil.

Da forma como atualmente se procede, o problema apenas se agrava. Na ausência de sanções pela propositura de demandas infundadas, a estratégia mais vantajosa ainda consiste no risco calculado — afinal, a eventualidade de obter ganhos financeiros compensa a tentativa. A fim de elucidar o contexto normativo, cita-se o Enunciado n.º 159, da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (s.d., n.p.): “O dano moral, assim compreendido como o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

Contudo, o que seria o instituto normativo do Mero Aborrecimento? Com base no REsp. 844.736 de 2009 do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2009, n.p.):

[...] Segundo a doutrina pátria 'só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Doravante, caracterizar-se-á como mero aborrecimento a situação decorrente de atos ordinários da vida cotidiana, destituídos de aptidão para causar efetivo abalo psicológico.

Um exemplo paradigmático encontra-se na Súmula nº 385 do STJ (2009, p. 3), que prescreve: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. A Súmula veda a concessão de danos morais ao devedor contumaz, mesmo em casos de negativação fraudulenta judicialmente ajuizada. Entretanto, omite-se quanto à responsabilidade solidária das instituições financeiras nos casos de superendividamento — situação frequente em que, não obstante o conhecimento prévio da incapacidade financeira do consumidor, promovem-se sistematicamente a oferta de empréstimos e a aquisição de bens.

Acontece que as instituições financeiras, mesmo cientes da incapacidade econômica do consumidor, concedem linhas de crédito adicionais sem realizar análise adequada do perfil financeiro. Posteriormente, diante da inadimplência — que era previsível — promovem a negativação do devedor. Assim, o consumidor já se encontra em estado de superendividamento, tem sua identidade utilizada para fraudar contratos — o que gera dívidas indevidas e, por consequência, negativações ilegítimas. Quando busca a tutela jurisdicional, percebe seu direito constitucional denegado sob o argumento da existência prévia de uma anotação regular. Após a conjuntura que justifica como o consumidor assumiu a suposta dívida que o impediu de receber pelos danos morais, decorrentes da negativação indevida, questiona-se: a negativação anterior seria regular?

A ausência de condenação por dano moral em casos de negativação indevida contribui significativamente para a perpetuação dessa prática, prejudicando o consumidor de duas formas: primeiro, ao incentivá-lo a se endividar com base em expectativas enganosas; segundo, ao negar seu pedido de reparação por dano moral decorrente de uma negativação irregular, muitas vezes resultante de inadimplemento anterior provocado pela má-fé das instituições creditícias.

Asseveram Mascarenhas e Sousa (2023, p. 96), que o ato jurídico:

[...] pode ser considerado um retrocesso aos direitos do consumidor, ao passo que beneficia determinado fornecedor que praticou conduta ilícita, consistente no apontamento indevido em nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito, o que geraria dano moral *in re ipsa*, ou seja, pelo próprio fato em si.

[...] Súmula nº 385 do STJ pode mitigar a aplicação da responsabilidade civil, contemplando de forma indevida um credor com a não imputação de qualquer punição diante de um ato reprovável de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes.

Sob o mesmo propósito, aduz Cecconi (2023, n.p.):

[...] o mero aborrecimento refere-se a situações desagradáveis e irritantes que fazem parte da vida cotidiana, mas que não causam danos significativos à esfera emocional, psicológica ou reputacional de uma pessoa. Em geral, esses contratemplos não são passíveis de indenização. Alguns exemplos de situações que geralmente se enquadram como mero aborrecimento incluem: meros atrasos em voos, transportes públicos ou atendimento em estabelecimentos comerciais, desde que não resultem em perdas substanciais; erros triviais ou pequenos em serviços, como uma pizza entregue com um ingrediente errado, mero descumprimento contratual, desde que não causem prejuízos significativos; ou, inconveniências comuns como barulhos de vizinhos,

pequenos congestionamentos de trânsito e outros aborrecimentos normais da vida em sociedade.

A narrativa jurídica do ‘mero aborrecimento’ também não considera o argumento trazido pela Teoria do Desvio Produtivo, que garante o reconhecimento do dano moral nos casos em que o consumidor é obrigado a recorrer ao Judiciário para resolver um problema decorrente de falha do fornecedor. Nesses casos, há uma perda de tempo — fator especialmente valorizado na realidade atual, marcada pela correria do cotidiano e pelo conhecido bordão ‘tempo é dinheiro’.

Quando alguém precisa abrir mão da convivência familiar, do trabalho, dos estudos, do próprio desenvolvimento pessoal, da prática de exercícios físicos e do autocuidado para buscar reparação na Justiça, pode-se afirmar que essa pessoa está sendo privada do direito fundamental de viver plenamente.

Um exemplo paradigmático de como a confusão conceitual em torno do dano moral pode gerar prejuízos irreversíveis ocorre nos casos de contratos fraudulentos de empréstimo bancário. O fato expõe casos de empréstimos irregulares, envolvendo situações em que idosos tiveram seus proventos financeiros reduzidos em decorrência de operações fraudulentas. Esses contratos foram celebrados devido a falhas no serviço bancário, especificamente na verificação da autenticidade dos documentos apresentados pelos supostos contratantes.

Nos casos em análise, o Tribunal não reconheceu a ocorrência de dano moral, mesmo diante da evidente violação a direito fundamental — qual seja, a lesão à verba alimentar do ofendido — e do tempo despendido na busca por solução ao problema. Nesse contexto, registra-se a seguinte fundamentação:

“DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CONTRATATO. Sentença de parcial procedência. Irresignação da autora. APELAÇÃO. RESTITUIÇÃO SIMPLES. Restituição que deve se dar de forma simples, ante a ausência de má-fé pela parte requerida. DANO MORAL. Inocorrência. Situação que não extrapola o mero aborrecimento cotidiano. Ausência de prova quanto a eventuais prejuízos extrapatrimoniais sofridos. Entendimento majoritário desta C. Câmara. Honorários sucumbenciais bem arbitrados. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP; Apelação Cível 1005213-48.2023.8.26.0071; Relator (a): Desembargadora Maria Salete Correa Dias; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 15/07/2024; Data de Registro: 15/07/2024).

“APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA. Empréstimo consignado. Alegação de não contratação. Sentença de procedência. Insurgência do banco réu. Danos morais Inocorrência. Ausente prova de ofensa à honra, à dignidade ou à imagem da autora. Entendimento majoritário desta C. Câmara. Indenização que deve ser afastada. Sentença reformada em

parte. RECURSO PROVIDO.” (TJSP; Apelação Cível 1003976-45.2021.8.26.0007; Relator (a): Desembargadora Ana Catarina Strauch; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 29/02/2024; Data de Registro: 29/02/2024) (São Paulo, 2024, p. 4).

Assim, reduzir a tutela judicial de direitos pessoais à mera questão de integridade psíquica significa esvaziar o conteúdo protetivo de todos os direitos fundamentais acima elencados. Sobre o tema, Verbicaro e Quaresma (2019, p. 48-94) pontuam que:

Objetiva-se assegurar que eventuais punições por danos causados aos consumidores cumpra, efetivamente, com a previsão legal de reparabilidade integral dos danos causados, bem como se atente ao duplo efeito, pedagógico- preventivo e punitivo reparatório, decorrente da responsabilidade civil e do princípio da ampla e efetiva reparação ao consumidor, pois, de modo diverso, ao insuflar padrões antiéticos que motivam e respaldam a má-fé dos fornecedores, decisões judiciais pautadas no senso comum da suposta existência da “indústria do dano moral” ou do “mero aborrecimento”, marginalizam o consumidor que recorre ao Judiciário em busca de pretensão indenizatória pautada no desvio produtivo.

Em diversas situações, observa-se a falta de maturação judicial por parte do aplicador da lei ao julgar causas consumeristas, quando este classifica como “mero dissabor” ou “mero aborrecimento” situações que, na realidade, configuram violação de direitos invioláveis.

Ocorre que, em uma sociedade de risco, os ilícitos praticados pelas empresas tornam-se frequentes não por integrarem o cotidiano social, porém devido à recalcitrância em suas falhas

— agindo sem temor de retaliação judicial, realidade evidenciada pelas condenações irrisórias, destituídas do efeito pedagógico.

Na ausência de condenações expressivas que forcem as empresas a modificar suas práticas no mercado de consumo, os ilícitos tornam-se tão recorrentes que se incorporam ao cotidiano. Essa banalização acaba por transformar os danos em eventos habituais, levando à sua equivocada qualificação como meros aborrecimentos.

No julgamento do AREsp 2.408.593, o relator, Ministro Moura Ribeiro, entendeu que atrasos em voos não configuram dano moral, mas tão somente mero aborrecimento. Tal posicionamento suscita uma reflexão: e se a situação fosse inversa? Caso fosse o consumidor a causar o atraso, quais seriam as consequências? Bastaria um simples pedido de desculpas? Evidentemente não. A companhia aérea iria impor sanções pelo *overbooking*, incluindo a retenção do valor integral da passagem sem compensação ou reembolso ao passageiro.

Diversos são os julgamentos do STJ que desconsideram o dano moral, normalizando a prática de ilícitos por empresas e violando a máxima defendida por Kant — a saber, o ‘imperativo categórico’ —, conforme exemplificado em tópico anterior.

A omissão de socorro, por si, não configura hipótese de dano moral *in re ipsa*. 4. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais" (REsp 1.512.001/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 27/4/21, DJe de 30/4/21); "Para a pessoa jurídica, o dano moral não se configura *in re ipsa*, por se tratar de fenômeno muito distinto daquele relacionado à pessoa natural. É, contudo, possível a utilização de presunções e regras de experiência no julgamento" (REsp n. 1.564.955/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/2/18, DJe de 15/2/18); "O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral *in re ipsa*" (REsp n. 1.881.453/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 30/11/21, DJe de 7/12/21); "Não caracteriza dano moral *in re ipsa* os danos decorrentes de acidentes de veículos automotores sem vítimas, os quais normalmente se resolvem por meio de reparação de danos patrimoniais. 4. A condenação à compensação de danos morais, nesses casos, depende de comprovação de circunstâncias peculiares que demonstrem o extrapolamento da esfera exclusivamente patrimonial, o que demanda exame de fatos e provas (Brasil, 2016, n.p.).

Quando se normaliza todas as falhas como algo comum, concede-se às empresas margem para persistirem no erro, o que fortalece a tese do dano lucrativo — ou dano eficiente. Julgamentos desvinculados de parâmetros objetivos transformam-se em decisões sem propósito, sem fundamentação e *sem ratio decidendi*, cujo único objetivo passa a ser o cumprimento das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que, a cada ano, as amplia, dificultando ainda mais a tarefa de julgar.

Em síntese, a famigerada doutrina do mero aborrecimento não apenas legitima o dano produtivo, como também desvaloriza os direitos constitucionais do consumidor — particularmente pela desconsideração do seu tempo perdido — e mitiga a aplicação da responsabilidade civil. Esse cenário, por sua vez, estimula o dano lucrativo e perpetua as práticas ilícitas das empresas.

Analizando mais detidamente os aspectos relevantes acerca do assunto, percebe-se uma persistente confusão conceitual no âmbito jurídico sobre a definição de dano moral. Essa imprecisão terminológica remete à raiz do problema: a ausência de parâmetros objetivos para caracterização do dano moral, o que acaba por viabilizar banalizações injustas e desnecessárias.

4.4 A melhor conceituação do Dano Moral com fito de reduzir a banalização e seus efeitos

Os institutos analisados representam extremos opostos na interpretação do reconhecimento do dano moral, os quais, em última análise, revelam-se incompatíveis com a adequada caracterização do efetivo sofrimento passível de indenização. Então, indaga-se, qual tipo de dano deve ser reconhecido como dano moral, a fim de evitar os extremos?

Cecconi (2023, n.p.) fundamenta o conflito terminológico do que seria dano moral e mero aborrecimento:

A diferença entre dano moral indenizável e mero aborrecimento é crucial para o sistema de justiça funcionar de maneira justa e eficaz. Enquanto o dano moral envolve a violação de direitos personalíssimos e requer a comprovação de lesão, nexo de causalidade e culpa ou dolo, o mero aborrecimento refere- se a situações desagradáveis, porém comuns, que não justificam a reparação por meio de indenização.

Depreende-se da análise que a autora menciona uma espécie do dano moral, decorrente do ato ilícito *stricto sensu*, olvidando as hipóteses de dano moral decorrente do ato ilícito *lato sensu*.

O dano moral, em seu contexto histórico, evoluiu do que se pode denominar ‘Dano Moral Subjetivo’, firmado a partir da constatação de um dano de natureza não pecuniária, para um ‘Dano Moral Objetivo’ — aquele decorrente das constatações *in re ipsa*, que levou a banalização do instituto, e, por agora, a insurgência da Teoria do Mero Aborrecimento.

O dano moral, conforme reverbera Cavalieri Filho (2009, p. 84), seria apenas aquele proveniente da dor, vexame, sofrimento e humilhação, e que, não sendo compreendido no que concerne a esse aspecto, dará ensejo a várias ações judiciais “em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos da vida”.

Ocorre que, essa acepção, acerca do dano moral, está ultrapassada, considerando a recente posição doutrinária sobre o tema.

Noronha (2013) e Amaral (2018) explicam que a doutrina tradicional não distingue as espécies de dano moral, tomando generalizada a sua concepção.

A doutrina separa o conceito genérico do instituto jurídico do Dano Moral Extrapatrimonial, em duas acepções: a) dano moral *lato sensu*; b) dano moral *stricto sensu*. (Barroso, 2014, p. 93-94).

O dano moral extrapatrimonial *lato sensu* seria o dano decorrente da lesão aos bens vinculados ao direito de personalidade que causa efeitos psicológicos — dor e sofrimento sem sequelas psicofísicas, enquanto a terminologia voltada ao dano moral extrapatrimonial *stricto sensu* deriva da lesão à integridade psicofísica da pessoa, ou seja, há constatação do dano, sem efeitos, em razão do estado mental do indivíduo ofendido. Dessa maneira, quando há exclusão do dano moral devido à ausência de constatação de dor e sofrimento, na verdade, exclui-se uma espécie do gênero dano moral extrapatrimonial. Trata-se, especificamente, do dano moral *stricto sensu*, pois a ausência de lesões palpáveis pode decorrer de sequelas psicofísicas no ofendido.

Exemplo da situação amealhada seria o fato citado por Farias, Rosenvald e Braga Netto (2022, p. 325), ao mencionarem que “se o dano moral é a dor subjetiva, uma pessoa que está em estado vegetativo, se for ofendida na honra, imagem ou outros atributos da personalidade, não poderá pleitear reparação, haja vista que não sentiu dor subjetiva”.

Salutar, neste momento, a citação da decisão proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, na decisão do REsp 1.245.550, proferido pela 4^a Turma do STJ, em 17 de março de 2015:

A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Em situações nas quais a vítima não é passível de detimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade (Brasil, 2015, n.p.).

À luz dessa conceituação atualizada acerca do dano moral, coaduna-se com o ponto de vista traçado no presente estudo. Agora, fica mais perceptível a ideia de que havendo prova da ofensa aos direitos invioláveis, haverá dano moral, porque a própria lei indica isso, não cabendo ao intérprete ulterior análise. A dor e sofrimento são meros efeitos que não alteram a lesão já configurada.

Gonçalves (2010), especifica de forma bem incisiva o que seria Dano Moral, ao afirmar que seria o dano que atinge os direitos de personalidade, mais especificamente, aqueles definidos no art. 1º, Inc. III, e art. 5º, incisos V e X da CF/98, coadunando com o entendimento da pesquisa quanto ao reconhecimento do dano, a partir do direito violado.

Marques e Bergstein (2016) avançam em sua análise ao reconhecer a necessidade de condenação, ainda que não ocorra um abalo grave, desde que sejam atingidos direitos invioláveis — especialmente aqueles ligados à honra e à dignidade da pessoa humana — e que isso sirva como desestímulo às práticas de busca de lucro a qualquer custo.

Desvencilhar a questão da subdivisão doutrinária, aferindo o dano moral a partir de um ponto de vista, é incorrer em três equívocos: a) o primeiro condizente na aferição do dano a partir, somente, dos seus efeitos, excluindo o dano moral *stricto sensu*; b) o segundo seria priorizar o mero aborrecimento em detrimento da teoria do desvio produtivo, ferindo um direito fundamental da dignidade da pessoa humana; c) e, o terceiro, seria estimular a prática do dano eficiente.

5 DANO MORAL COMO MEDIDA DISSUASÓRIA DOS ILÍCITOS QUE VIOLAM OS DIREITOS INVIOLÁVEIS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

No decorrer do trabalho, concluiu-se que o dano moral, da forma como vem sendo arbitrado atualmente, está fadado ao fracasso e à banalização. O capítulo 3 desta obra dedicou- se ao problema que motivou o interesse pela pesquisa, qual seja, a ausência de critérios capazes de auxiliar o julgador a reconhecer, aferir e quantificar os danos imateriais de forma autônoma, sem conexão direta com o dano material, considerando o aspecto relevante do direito violado.

Neste capítulo, o estudo abordará os critérios ideais à consecução da proposta da pesquisa: tornar o ato decisório do pagamento dos danos morais, mais que um simples ato jurisdicional, porém um ato de transformação social e de harmonização da relação consumerista. O ponto fulcral é exatamente este: a atuação de julgar e condenar está sendo relevante para a transformação da sociedade? Ou seja, a ação da reparação civil, por meio da indenização dos danos morais, está cumprindo sua função primordialmente pensada pelo legislador?

Dentre outros argumentos que fundamentam a mudança, três podem ser citados como vitais: a) Complexidade da Sociedade; b) Surgimento de novos danos; c) Incapacidade do atual modelo de responsabilidade tutelar as novas demandas (Lutzky, 2024).

O quesito acerca da complexidade da sociedade, já citado brevemente no capítulo anterior, compreende as consequências decorrentes do avanço tecnológico industrial e dos riscos que emergem dessa atividade. Quanto mais se produz em escala, quanto mais se aumenta a demanda da oferta dos serviços, mais riscos despontam.

Antes da ascensão da sociedade de risco, o que se tinha como moldura normativa eram leis que detinham o fito de limitar a atuação estatal, havia a perfeita divisão axiológica do que deveriam ser direitos tratados no ramo do direito público, e o que deveriam ser os direitos tratados no ramo privado, neste o poder público era mero expectador.

Todavia, com o surgimento da sociedade de risco, o Estado não mais poderia ficar inerte aos abusos e desrespeitos cometidos no âmbito da esfera privada. Assim, mesmo havendo a aquiescência da parte às cláusulas contratuais, se estas forem abusivas, devem ser declaradas nulas por meio da intervenção estatal.

A sociedade moderna não se contenta mais com a função da lei de apenas restaurar relações, e limitar a atuação estatal. Hoje, é preciso ter uma visão mais profunda, é necessário emoldurar as relações privadas.

Essa situação se verifica com frequência nos contratos de planos de saúde e seguros, em que as partes nem sempre têm acesso às cláusulas contratuais, e comumente são surpreendidas com informações desconhecidas, de natureza abusiva, necessitando da intromissão do Poder Público, para o restabelecimento do equilíbrio contratual.

A conjuntura atual da sociedade clama pela publicização do direito privado. No entanto, o fato só é aceitável, porque os direitos pelos quais se exige a interferência pública, decorrem da norma maior, da Constituição Federal, por se tratarem de direitos fundamentais que salvaguardam a dignidade da pessoa humana.

Tepedino (2002, p. 119) já dizia: “Não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional”. Trata-se assim, de direito de viés constitucional, e deve ser protegido com o mesmo rigor do patamar normativo. Por isso, o olhar deve ser público, não apenas privado.

O direito é uma ciência humana, que advém das relações sociais com reflexos jurídicos, ou seja, com infringências aos direitos previamente tutelados. Acontece que, hodiernamente, a sociedade não enfrenta apenas violações de direitos de caráter individual, entretanto em sua maioria, violações de índole coletiva, de caráter difuso.

Tepedino (2006) enfatiza a necessidade de se buscar novos mecanismos de defesa aos direitos fundamentais, na medida em que tais direitos detêm normatividade de natureza constitucional e dessa forma devem ser vistos e assegurados. Afirma o autor que os critérios de defesa atuais restam ultrapassados diante da nova conjuntura social:

[...] aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico. (Tepedino, 2006, p. 13).

A proposta inicial da responsabilidade civil, da forma como hoje atua, resta ultrapassada e sem qualquer compromisso com as transformações sociais que ecoam das relações consumeristas.

A responsabilidade civil atualmente famigerada, nem traz harmonia às partes, pois há insatisfação de ambos os lados, tanto de quem paga quanto de quem recebe. Isso nem impede a ocorrência de novos ilícitos, tornando o serviço ineficaz e custoso aos cofres públicos.

Nesse contexto, questiona-se, com base nos fundamentos estabelecidos no Capítulo 1 deste trabalho, se toda nação que almeje consolidar-se como Estado de Direito não deve, primordialmente, positivar seus direitos fundamentais por meio de uma Constituição. De fato,

no Brasil, tais direitos encontram-se devidamente positivados na Constituição Federal. No entanto, a falta de proteção efetiva desses direitos, somada à banalização de suas violações, não acarretaria a erosão do Estado de Direito no país e, por consequência, a fragilização de sua soberania nacional?

Se não houver mudança, a consequência será maior que a simples violação dos direitos fundamentais, mas a perda do Poder da Lei Fundamental. Conforme assevera Sanseverino (2010), o direito atual grita por uma nova forma de reparação, não mais comutativa, como pensado por Aristóteles, como também promocional, ao passo que deve reger a partir do interesse da reparação integral do dano.

Já dizia Corrêa de Andrade (2009, p. 28-29) acerca da matéria:

A dimensão do princípio da dignidade humana e a forma mais adequada de protegê-lo são questões ainda em aberto, as quais, pela sua importância, devem ser objeto de reflexão dos juristas e dos operadores do Direito em geral.

Não basta reparar o dano, a conjuntura exige uma reparação integral, que vai além do dano, alcançando o comportamento da sociedade.

Reparação integral é determinada a partir de um julgamento que leva em consideração o respeito da dor do ofendido, em respeito à sua dignidade (princípio essencial que rege os direitos do cidadão) e a de seus familiares.

No voto do REsp nº 959.780/ES (Brasil, 2011, p. 10), o Ministro Paulo de Tarso abordou o assunto da seguinte forma:

Diante da impossibilidade de uma indenização pecuniária que compense integralmente a ofensa ao bem ou interesse jurídico lesado, a solução é uma reparação com natureza satisfatória, que não guardará uma relação de equivalência precisa com o prejuízo extrapatrimonial, mas que deverá ser pautada pela equidade.

Corrêa de Andrade (2009, p. 229) complementa ainda que: “Impõe-se, portanto, uma revisão nos próprios fundamentos da responsabilidade civil tradicional, que não oferece solução adequada aos inúmeros problemas trazidos pela sociedade moderna”.

A função da responsabilidade, como já vista, visa proteger os direitos, dentre eles o de personalidade. Então, o dano imaterial tem caráter de ato atentatório à personalidade, devendo receber a penalização a partir dessa magnitude.

É sabido que julgamentos pontuais, isolados não terão o condão de reformar a atual postura jurisprudencial acerca da matéria, porém é preciso dar o primeiro passo, para que se provoque a mudança.

Assim sendo, o equívoco está acontecendo nas técnicas adotadas para quantificar o dano moral, bem como na forma como o mesmo vem sendo aferido, individualizado, e sem qualquer compromisso com a restauração da sociedade.

5.1 Métodos de Arbitramento do Dano Moral

O comportamento das pessoas revela muito os efeitos da atuação do Poder Judiciário, pois na prática de ilícitos, sejam civis ou criminais, havendo uma reprovação eficaz do ato, este tende a não mais se repetir com tanta habitualidade.

Um exemplo a ser citado, condizente com a afirmação, são as ações relacionadas às falhas de serviços das companhias aéreas e planos de saúde que — diante da ausência de uma condenação que possa realmente surtir efeito pedagógico — perpetuam na atuação danosa, sem qualquer preocupação com os efeitos que ela possa surtir ao consumidor.

Ambas as consequências somente colidem para um resultado: a ineficácia das condenações e o aumento demasiado do número de demandas que abarrotam o judiciário.

Analizando os julgamentos proferidos pelos diversos Tribunais de Justiça do Brasil, o que se tem é uma miscelânea de entendimentos, em total desacordo com o que preconiza o art. 926 do Código de Processo Civil (CPC) (Brasil, 2015, art. 926), que adverte: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

A ausência de parâmetros causa consequências que refletem não apenas na seara social, mas também econômica, porque quanto mais se julga sem critérios, mais se fomenta a indústria do dano moral; e quanto mais se julga com o propósito de diminuir a judicialização, relativizando a dor, e a qualificando enquanto mero aborrecimento, mais se enaltece o dano lucrativo e ausência de confiança nas atividades comerciais.

Por isso, é fundamental discutir esse tema, com o objetivo de destacar não apenas a finalidade de um julgamento, mas também as suas consequências.

Contudo, como quantificar o dano moral? A partir de qual lente jurídica o mesmo deve ser aferido e quantificado com o fito de atingir o seu propósito?

Os questionamentos podem ser respondidos por meio de vários caminhos. Neste trabalho, a pesquisa abordou algumas metodologias que unificadas chegam ao consectário proposto, dando sentido ao trabalho da justiça.

5.2 A função punitiva da responsabilidade civil.

Antes de se aferir o valor do dano moral, é necessário traçar o perfil do que se pretende almejar com o instituto, e sem um olhar mais punitivo acerca do instituto não há como se prosseguir com o estudo em voga.

Conforme já examinado nos capítulos anteriores, a responsabilidade civil, tal como concebida atualmente, originou-se de um marco histórico que remonta à responsabilidade primitiva e selvagem, base da Lei de Talião. Esse conceito evoluiu a partir da *Lex Aquilia* romana, que estabelecia a indenização apenas para danos materiais, tornando-se precursora da chamada responsabilidade aquiliana. Essa última delineou os pressupostos da responsabilidade civil, fundamentados na tríade composta por fato ilícito, dano e nexo causal, o que culminou na positivação do art. 944 do Código Civil (Brasil, 2002), o qual define a indenização com base na extensão do dano.

No entanto, o instituto apenas tende a reparar/compensar o dano, mas de forma alguma labora no sentido de dissuadir o indivíduo a evitar o ilícito, tornando o processo judicial inseguro e banalizando o direito lesado — assunto já explanado no capítulo anterior.

Diante dos novos danos, agora não apenas de índole individual, porém de forma coletiva, o direito tende a modificar seu perfil condenatório, fazendo incluir a necessidade de repensar a função da responsabilidade para incluir a forma dissuasória, ou seja, pedagógica no arbitramento do dano moral.

Não se pode aceitar a naturalização do ilícito, como vem ocorrendo em diversos casos em que situações claramente irregulares são tratadas como meros dissabores cotidianos. Exemplos disso incluem a demora excessiva em filas de banco, atrasos frequentes de voos, cobranças indevidas sem qualquer sanção e outras circunstâncias que, embora prejudiquem o tempo útil de vida das pessoas, acabam sendo assimiladas como parte da rotina. Tal fenômeno está diretamente relacionado à Teoria do Desvio Produtivo, que investiga justamente os impactos dessas interferências na produtividade e no bem-estar individual.

Mackaay e Rousseau (2020, p. 41) já diziam que “todo fenômeno coletivo deve ser explicado a partir de comportamentos individuais”. A assertiva nada mais é do que uma resposta à ineeficácia do controle judicial sob os ilícitos, na esfera da individualidade. Em outras palavras, se não houve penalização da conduta individual de forma corretiva e pedagógica, isso leva a sociedade a pensar que aquela conduta pode ser praticada contra toda a coletividade e não resultará em consequências.

Havendo uma condenação dissuasória, ilícitos deixam de existir, a justiça passa mais segurança aos usuários, direitos são mais rigorosamente tutelados e demandas predatórias ficam enfraquecidas, já que os postulantes estarão previamente cientes do resultado pretendido pela lide posta.

O psicólogo Daniel Kahneman (2012), vencedor do prêmio nobel, concluiu após estudos comportamentais que as pessoas são tendenciosas a desistir de um bom proveito, se houver indícios de que haverá uma perda maior no futuro, ou seja, se há possibilidade de ter uma perda considerável, melhor não arriscar o lucro.

Essa proposição se aplica a ambas as hipóteses — tanto no dano eficiente quanto nas ações infundadas. Pois, cientes as partes de que praticando um ilícito serão rigorosamente punidas, elas tendem a deixar de praticar o ilícito mesmo que haja um lucro proveitoso com o mesmo. Da mesma forma, cientes de que a ação não será provida pelo judiciário, pois já consolidada a matéria a respeito, o ajuizamento predatório deixa de existir.

5.2.1 Origem do *Punitive Damages*

A importância de um estudo breve acerca do instituto é vital para a consolidação da ideia que traça os critérios no arbitramento do dano moral. Por quê? Porque o instituto detém exatamente a função principiológica buscada pela sociedade atual, no caso dissuadir o ofensor, desestimular o ilícito e deter papel punitivo (e pedagógico).

O sistema do *Punitive Damages*, advém da legislação Inglesa e na sequência do direito Americano, conceituando-se como um critério da responsabilidade civil, que vai além da função compensatória/reparatória, ele busca punir o ofensor, a fim de que não apenas ele, mas toda a sociedade compreenda, através da sua reprovação severa, que o ato não é aceito pela sociedade, e que se intentado será punido com rigor.

Nesse sentido, cita-se a interpretação traçada por Salim (2006, p. 14):

Importante destacar que a expressão “prestações punitivas ou dissuasórias” é interpretada por parte da doutrina como a correta tradução da expressão inglesa “punitive damages” pois a finalidade não é resarcir a vítima, mas punir o causador da conduta ilícita, desencorajando-o e à sociedade de praticar novamente ato semelhante.

Na Inglaterra, o critério foi demonstrado pelo famoso caso Wilkes vs. Wood⁶⁰, em 1763, em que o autor ajuizou demanda contra Coroa por invasão e apropriação de documentos pessoais sem autorização. Na ação, restou consignado que os danos sofridos detinham características de irreparabilidade.

Na sequência, o feito também foi observado nos EUA, no caso de Genay vs. Norris (Koenig; Rustad, 2001), em 1784, em que o ofensor foi punido severamente por ter envenenado uma vítima, para se livrar de um duelo de pistolas.

O que se extrai de ambos os julgamentos são os critérios utilizados para se aferir a necessidade do uso do *punitive damages*, dentre eles:

- (a) se existe uma relação razoável entre a indenização por *punitive damages* e o dano provavelmente resultante da conduta do réu, bem como o dano com o dano que realmente ocorreu;
- (b) o grau de reprovabilidade da conduta do réu, a duração da conduta e a existência e a frequência de condutas similares pretéritas;
- (c) a obtenção de lucro pelo réu com o ato danoso e a vontade de se remover este lucro e fazer com que o réu também suportasse uma perda;
- (d) a posição econômica do réu;
- (e) todos os custos do litígio;
- (f) a imposição de sanções criminais ao réu pela sua conduta, a serem mitigadas;
- e (g) a existência de outras indenizações por responsabilidade civil contra o réu pela mesma conduta, também a serem mitigadas (Koenig; Rustad, 2001, p. 1311).

A fim de não se tornar arbitrária e nociva a aplicação do instituto do *Punitive Damages*, a legislação americana estabelece critérios que visam resguardar o uso da aludida função, apenas, quando vislumbradas as seguintes situações: comportamento doloso e negligência extrema (Serpa, 2011, p. 386).

O feito terá correlação com o estudo proposto, pois, como se perceberá, os julgamentos tendem a esse axioma, caso não queiram permanecer no erro.

5.3 Critérios utilizados pelo sistema brasileiro no arbitramento do dano moral

A par das ilações acerca das circunstâncias que levam à necessidade de um olhar mais punitivo do arbitramento do dano moral, invoca-se qual a função que se pretende alcançar pela ação da responsabilização civil do ofensor.

Assim, considerando que se pretende arbitrar um dano moral que possa desencorajar o ofensor a voltar a praticar atos ilícitos, emerge a necessidade da aplicação de critérios que possam coadunar com as ideias propostas pelo *punitive damages*.

⁶⁰ Embora a doutrina não seja unânime nesse sentido, conforme demonstrado por Nicholas Sinanis (2023).

Até o momento, toda tentativa restou fracassada, considerando os pontos desfavoráveis que impedem o progresso da ideia. Isso ocorre, porque os critérios estão mal definidos e sem coerência com a finalidade almejada. Não se trata de pensar em enriquecer o ofendido, porém em penalizar o ofensor. Conforme já dito neste trabalho, o protagonismo da responsabilidade civil se modificou — da preocupação com a reparação da ofensa — para diminuição dos riscos.

Consoante Guerra (2022, p. 657):

O problema central que atormenta os estudiosos do direito, então, como se vê com nitidez a partir dessas brevíssimas considerações, reside em identificar critério científico adequado para realizar a um só tempo, os direitos fundamentais de segurança jurídica e de realização de justiça, no caso concreto. Nas relações de consumo, situações jurídicas massivas por excelência, a necessidade de definir-se corretamente critérios (e valores) assume relevância ímpar, até mesmo para que o Poder Judiciário não descumpra sua missão precípua e sirva como um fator de insegurança jurídica, em uma verdadeira *loteria judiciária* que confira soluções (e valores) díspares para situações fáticas semelhantes.

A questão acerca da quantificação do dano moral é uma matéria muito discutida, porém pouco sedimentada no mundo jurídico. Não é espantoso se deparar com situações esdrúxulas sentenciadas em valores exorbitantes e situações de grave violação aos direitos fundamentais sentenciada de forma banalizadora.

Isso se deve ao fato de não haver uma formulação mais objetiva de como se julgar, e como já mencionado, a sentença acaba sendo um cheque em branco na mão do juiz.

Esse é o ponto central do estudo: definir uma moldura capaz de reduzir essas inconsistências, com o único propósito de melhorar a vida em sociedade e fortalecer a confiança das pessoas tanto no sistema consumerista quanto no Poder Judiciário.

É necessário citar o que já existe no ordenamento jurídico, como uma forma de tentativa de tarifação do arbitramento do dano moral.

Por meio do Código Civil de 1916, o art. 1.536, em seu parágrafo primeiro, expressou a possibilidade do arbitramento do dano, nos casos de indefinição do valor:

Art. 1.536. Para liquidar a importância de uma prestação não cumprida, que tenha valor oficial no lugar da execução, tomar-se-á o meio termo do preço, ou da taxa, entre a data do vencimento e a do pagamento, adicionando-lhe os juros da mora.

§ 1º Nos demais casos, far-se-á a liquidação por arbitramento (Brasil, 1916, n.p.).

Sem definir exatamente o que seria o conceito do arbitramento, advieram duas legislações subsequentes ao Código Civil, a primeira referente ao Código Brasileiro de Telecomunicações, que limitava a indenização extrapatrimonial ao pagamento de entre 5 a 100 salários mínimos, com a possibilidade da condenação em dobro. Essa lei foi revogada pelo Decreto nº 236 de 1962⁶¹.

Na sequência, teve a Lei de Imprensa que também fazia menção ao modelo de tarifação do dano moral (Brasil, 1962)⁶². A lei mencionava o valor exato para cada responsabilização civil, e foi declarada inconstitucional pelo STF, após análise da Ação Declaratória de Preceito Fundamental — ADPF nº 130 (Brasil, 2009), por ferir o Princípio da Isonomia, pelo qual se considerou que a lei diferenciava o tipo de indenização de uma pessoa para outra ou de um grupo para outro, indo de encontro com o que determinava a Constituição Federal acerca da indenização igualitária.

Logo, o STJ, por meio da Súmula nº 281 (Brasil, 1964), ceifou a possibilidade da aplicação da lei de imprensa, ao afirmar: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Após essa miscelânea de regras e dispositivos infralegais, hoje, o julgador se utiliza de dois artigos do Código Civil para arbitrar o dano moral. São eles: o art. 946, que cita o arbitramento; e, o art. 953, que especifica as circunstâncias do caso.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

[...]

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido (Brasil, 2002, n.p.).

⁶¹ “Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for” (Brasil, 1962, n.p.).

⁶² “Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

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

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

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

IV - A 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º)” (Brasil, 1962, n.p.).

Ambos os institutos legais se amparam nas regras básicas da proporcionalidade e razoabilidade, que, como será demonstrado a seguir, baseiam todas as hipóteses avençadas de arbitramento do dano moral, seja doutrinária, jurisprudencial ou a aplicada pela Corte Superior.

5.3.1 Critérios propostos pela Doutrina

A doutrina vem conceituando o instituto, no entanto, não tem como não subjetivar a sua aplicação. Cavalieri Filho (2010) denomina o arbitramento do dano moral a partir da análise da repercussão do dano e circunstância econômica do ofensor.

O jurista atribui a responsabilização pautada na reparação do dano, com voga na impossibilidade do enriquecimento indevido, a partir do conceito da razoabilidade de uma condenação justa. Trata-se, dessa maneira, de uma interpretação alicerçada nos princípios civis do Código de Napoleão, que afastava qualquer indício de penalização no ramo da jurisdição civil.

Já a doutrina de Gonçalves (2011) sintetiza a fórmula do arbitramento baseado em três parâmetros: a) circunstância do caso; b) gravidade do dano; c) e, situação econômica das partes. Inserido na hipótese da circunstância do caso, o autor analisa a forma do ato, sua gravidade e extensão, já quando analisa o item atinente a gravidade do dano, atém-se ao grau de dolo da culpa do ofensor e a intensidade do sofrimento causado à vítima. Pode-se dizer, que analisa a questão do dano subjetivo e objetivo, estudado no tópico anterior. Por fim, ao mencionar a condição econômica das partes, o intérprete estuda o proveito econômico tirado pelo ato, assim como a capacidade econômica do ofensor e do lesado.

De forma resumida, a análise referente ao arbitramento do dano moral, contrária ao sistema tarifário, utiliza sistema aberto de condenação, baseado em três critérios, propostos por Batista (2015): a) Critério da razoabilidade e da proporcionalidade; b) Critério das circunstâncias do caso concreto; c) Critério das condições econômicas das partes.

a) Critério da razoabilidade e da proporcionalidade

Neste tópico, autores como Cavalieri (2010) analisam: a adequação do valor, ou seja, se o valor realmente vai ser proporcional ao dano; a exigibilidade do pagamento condenatório, se esse valor pode ser exigível por aquele que vai pagar, devendo a condenação ser menos invasiva ao seu patrimônio; e a proporcionalidade da medida, ou seja, se o valor determinado é justo comparado ao ato praticado e ao dano ocasionado.

b) Critério das circunstâncias do caso concreto.

Nesse ponto se estuda a questão da culpabilidade do ofensor e da participação da vítima no resultado danoso. Afere-se a intensão do ofensor, a gravidade do dano, a sua intensidade e repercussão. Por fim, analisa-se a participação da vítima, com propósito de até atenuar o valor condenatório, por meio de uma compensação de culpa.

c) Critério das condições econômicas das partes.

Como último critério, o julgador afere as questões sociais, educacionais, profissionais e econômicas, tanto do ofendido quanto da vítima. Esse critério é criticado por grande parte da doutrina, porque fere o princípio da isonomia, utilizando-se o mesmo raciocínio da ADPF nº

130. Pois, qual o sentido de se diferenciar a dor de uma pessoa de condição mais vulnerável da dor de uma pessoa com condição mais favorável?

No entanto, não se pode olvidar que o critério é muito expressivo quando se pensa em punir e desestimular o ofensor, critério já amplamente infiltrado nas fundamentações das atuais decisões.

5.3.2 Critérios propostos pela Jurisprudência

Conforme mencionado no tópico anterior, é de extrema importância se definir qual o objetivo se pretende atingir com a condenação do ofensor pelo ilícito praticado. Pois, se o olhar for mais propenso ao ofendido, o critério tenderá a ser mais ‘satisfativo’ do que punitivo, já se o olhar for mais propenso ao ofensor e ao dano, o critério tenderá a ser mais punitivo do que satisfatório.

O critério jurisprudencial tende a uniformizar entendimentos sobre a mesma matéria, com o fito de evitar decisões unitárias contrárias, gerando insegurança e incredibilidade da função jurisdicional. Isso não retira a possibilidade da valoração subjetiva do caso pelo juiz, aquela compreendida pela vivência do julgador e costumes da localidade onde exerce seu *múnus*. Porém, a subjetividade não pode se sobrepor ao senso comum jurisprudencial, transformando-se em arbitrariedade.

A permissibilidade é do convencimento racional do juiz, e não da arbitrariedade imotivada, nessa seara, consoante Bodin de Moraes (2019, p. 18):

Disto tudo resulta a estrutural importância da minuciosa fundamentação da decisão judicial. Não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a "razoabilidade das razões" por ele apontadas para justificar o que decidiu. Sua racionalidade deve ser objeto de controle e verificação externos, para que se possam analisar os motivos sobre os quais o seu juízo (racional) se formou. Daí ser requisito constitucional (art. 93, IX) a exigência da fundamentação da sentença, cabendo ao juiz, segundo a letra do artigo 131 do Código de Processo Civil, "indicar os motivos que lhe formaram o convencimento".

Bodin de Moraes (2019) defende a ideia de uma "abordagem sequencial", partindo-se da premissa da valoração dos efeitos do evento danoso, cita em seu artigo que a abordagem leva em consideração o dano e a extensão desse dano na vida do ofendido. Por exemplo, uma pessoa sofre um dano físico na sua perna, causado por incêndio em um shopping da cidade. O acidente a deixa paraplégica. O juiz ao fixar o dano moral, descobre que a vítima reside em um apartamento localizado no 2º andar, situação que ocasionará mais constrangimentos à parte, devendo ser valorada no momento da fixação do valor do dano moral.

O juiz ao valorar o dano moral, deve se ater à vítima, de forma mais objetiva, e esse critério deverá ser mais preponderante quando houver violação à dignidade da pessoa humana. Por exemplo, uma pessoa que é destratada em uma loja de confecção por causa da sua vestimenta, sofre danos irremediáveis, danos que atingem a sua esfera psicofísica, podendo acarretar até transtornos psicológicos.

Nessa situação, o juiz não deve avaliar o fato com base em critérios patrimoniais, como a condição social da vítima ou seu potencial econômico, porque tais fatores são dissociados do direito tutelado. Para tanto, deve considerar os aspectos subjetivos da vítima.

Quando se trata de direitos invioláveis, que elevam a dignidade da pessoa humana, o juiz deve, sem dúvida, avaliar esse aspecto da vítima de forma objetiva e sensata, pois age não apenas como fiscal da lei, mas também como garantidor do Estado de Direito.

Bodin de Moraes coaduna com os ensinamentos de Perlingieri (1999) que sintetiza dizendo que o ideal, no momento da valoração do dano moral não são as circunstâncias do fato, ou o evento culposo, porém os efeitos resultantes do dano e quais as consequências vivenciadas pela vítima.

A jurisprudência atual adota, em sua maioria, o método de arbitramento do dano moral aberto, pautado na ideia razoabilidade e proporcionalidade dos artigos definidos pelo Código Civil, analisando os seguintes tópicos: a) Grau de culpa das partes envolvidas; b) Condição socioeconômica das partes envolvidas; c) Extensão do dano; d) Intensidade do sofrimento da vítima.

a) *Grau de culpa das partes envolvidas.*

O tópico encontra respaldo normativo nos arts. 944 e 945 do Código Civil (Brasil, 2002), que preconizam o arbitramento pela extensão do dano, e sua possibilidade de majoração e atenuação em face da conduta das partes. O tópico traz o conceito de valoração da culpa do ofensor, podendo ocorrer um dano menor, que será valorado de forma rigorosa em razão da intenção do ofensor em prejudicar. Por esta razão, tal critério tem correlação com a finalidade punitiva da reparação civil.

Da mesma forma que a conduta pode majorar os efeitos da condenação, *in reverso* a conduta do ofendido pode atenuar. Exemplo da situação, seria o caso do REsp nº 403.940 (Brasil, 2002, n.p.), sob a relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que concluiu pela redução do dano moral, ao considerar que a vítima contribuiu para o resultado danoso:

A indenização deve ser proporcional ao grau de culpa das partes envolvidas, procurando reparar o dano de forma integral, para quem dele não participou, e de forma concorrente, em caso de participação de ambas as partes. Em outras palavras, se a vítima concorreu para o evento danoso, tal circunstância deve ser considerada. E, no caso de indenização por danos morais, isso se dá na quantificação do seu valor.

A preocupação na aplicação do aludido método diz respeito ao olhar perverso e desvirtuado na situação, que poderia resultar em prejuízos incalculáveis às vítimas e a seus familiares. Um exemplo dessa situação extrai-se do julgamento do REsp. 704.873⁶³, que julgou o pedido de dano moral de uma esposa de um presidiário, morto enquanto cumpria pena em estabelecimento penitenciário. O caso não possui matriz consumerista, entretanto justifica a

⁶³ “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INSTITUTO PENAL AGRÍCOLA. HOMICÍDIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PLEITEADOS PELA ESPOSA DA VÍTIMA. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, II, E 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VALOR DA REPARAÇÃO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PARCIAL PROVIMENTO. 1. Não viola os arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões arguidas pela parte, julgando integralmente a lide. 2. O STJ consolidou a orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Excepcionalidade configurada. 3. Considerando-se as circunstâncias do caso, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização de vinte salários mínimos é manifestamente irrisória e desproporcional à extensão do dano moral sofrido pela recorrente em razão do homicídio do marido em estabelecimento prisional, devendo, portanto, ser aumentada para cem salários mínimos (correspondente, hoje, a R\$38.000,00). 4. O direito subjetivo da recorrente à indenização por danos morais proporcional ao dano (CF/88, art. 5º, V e X) não pode ser prejudicado em razão da gravidade do crime cometido pela vítima, sob pena de se lhe transferir, indiretamente, os efeitos da condenação criminal do marido, o que viola o princípio constitucional da intranscendência da pena (CF/88, art. 5º, XLV). 5. Recurso especial parcialmente provido, apenas para se aumentar o valor da condenação” (Brasil, 2007, n.p.).

preocupação dos usuários, porque considerou a conduta ilícita da vítima como fator preponderante para o desfecho fatal.

A Ministra Denise Arruda (Brasil, 2007, n.p.) em seu voto mencionou:

[...] insofismável a obrigação de indenizar ante o falecimento do marido da apelada, condenado por roubo duplamente qualificado, pois incontornável o dano moral, o qual é fixado na espécie com moderação, pois muito embora seja ele em sua origem pena civil, nada recomenda a exacerbação de valores em se tratando de condenado, em especial por força da prática pretérita de crime seriíssimo, voltado contra dois valores preservados, a integridade física e o patrimônio, sendo certo, outrossim, que foi usada arma de fogo, pelo que se conclui que só não sucedeu crime mais grave porque a vítima não resistiu, demonstrando que o falecido não guardava consideração ao bem estar alheio,
o que autoriza módea indenização, razão pela qual, conquanto não se negue o sofrimento da esposa, o dano moral é fixado em vinte salários mínimos.

O caso não reveste matriz consumerista, porém justifica a preocupação dos usuários, pois considerou a atitude ilícita da vítima como fator preponderante para o resultado morte.

b) Condição socioeconômica das partes envolvidas

Outro critério bastante questionado, pois avalia fatores que não guardam qualquer relação nem com a conduta do agente, nem com o resultado produzido. Os críticos — como Gonçalves (2011) — sustentam que esse método pode gerar enriquecimento ilícito, ao quantificar o dano moral com base no potencial econômico do ofensor.

Ao contrário, *sensu*, argumenta-se que o critério poderia banalizar a dor da parte ao atribuir valores expressivos a quem detém maior poder econômico, e quantias inexpressivas a quem possui menor capacidade financeira, ferindo assim o princípio da isonomia — um dos fatores que impedem a tarifação do dano moral, conforme previsto na Lei de Imprensa. Em síntese (Brasil, 2007, n.p.):

A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido.

c) Extensão do dano

O critério coaduna com os princípios que norteiam a quantificação dos danos de ordem imaterial. A extensão do dano aferere a quantia a partir do dano causado, porque quanto maior o dano maior será o valor apurado, conforme preconiza o art. 944 do Código Civil.

A utilização do critério atinge os dois objetivos da indenização, compensa e pune, sem valorar pessoas e suas condições socioeconômicas, contudo tão somente o dano e os resultados decorrentes dele.

d) Intensidade do sofrimento da vítima

Por fim, o critério da intensidade do sofrimento da vítima, que na maioria dos casos é verificado a partir de danos mortos, são aqueles aferidos a partir da morte de um ente querido da vítima. Também detém caráter punitivo, ao mesmo tempo que se valora a dor da vítima, em caráter pecuniário, se satisfaz seu desejo de justiça, em demonstrar para si mesma a compensação da sua dor.

Em suma, a aplicação dos critérios jurisprudenciais deve estar necessariamente resguardada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que nas palavras de Cavalieri Filho (1998, p. 90) seria uma espécie de justiça coerente e equitativa, portanto: “aquilo que é sensato, comedido, moderado, que guarda certa proporcionalidade, de modo que a razoabilidade é o critério que permite confrontar meios e fins, causas e consequências permitindo estimar a lógica da decisão”.

Sanseverino (2010, p. 283- 284) pontua que o

[...] exame da gravidade do fato em si (dimensão do dano) e de suas consequências para o ofendido (intensidade do sofrimento), enfatiza-se a função satisfatória da indenização, embora a punitiva também possa ser vislumbrada, pois a preocupação central é com a extensão do dano em si, ou seja, com os seus efeitos danosos para o lesado. O juiz deve avaliar a maior ou menor gravidade do fato em si e a intensidade do sofrimento padecido pela vítima em decorrência do fato danoso.

A utilização dos dois últimos critérios é a fórmula *sine qua non* para dirimir os argumentos críticos acerca do arbitramento do dano moral, com o propósito de não só satisfazer a vítima, valorizando e respeitando os seus sentimentos, como também punir de forma veemente o ofensor, a partir da gravidade de suas ofensas. Agora, a aplicação dos primeiros critérios, a partir do potencial econômico e grau de culpa, visa apenas punir, sem qualquer

razoabilidade com a proposta de desencorajar, e muitos menos fazer empreender por uma justiça equitativa e coerente. Para tal assertiva não há respaldo legal.

5.3.3 Critérios propostos pelo Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça dispõe de duas formas de aplicação do arbitramento do dano moral, por meio do sistema aberto decisório, e por meio do sistema bifásico.

a) Por meio do Sistema Aberto

O STJ também aplica o arbitramento do dano moral limitado aos princípios da razoabilidade da proporcionalidade. De tal forma, reconhece o grau de subjetivismo do julgamento. No entanto, em que pese a limitação civilista na proporcionalidade da medida, o Tribunal tem-se preocupado com a questão do desestímulo ao ofensor em repetir a falta.

Dessarte, considerando pautar análise a partir do aspecto reparatório, e não compensatório, esbarra no ponto da limitação do valor indenizatório, diante da impossibilidade do enriquecimento indevido da parte ofendida, que fomenta a Teoria da Indústria do Dano Moral, uma das mazelas da banalização do dano moral.

A corte baseia seus julgamentos diante da circunstância do caso, gravidade do dano e situação econômica das partes, similar ao sistema adotado pela doutrina e pela jurisprudência já debatido.

b) Sistema Bifásico

De forma redundante o STJ fez uso do método bifásico, baseado no arbitramento escalonado em duas fases: a primeira, em que se mensura o valor base do dano moral a partir da violação da natureza do direito tutelado; e a segunda, que seria a fase em que o julgador poderá atenuar ou agravar o valor que foi definido pelo valor base.

Essa segunda fase nada mais é do que a aplicação do sistema aberto com a verificação das três circunstâncias: a) circunstâncias do caso; b) gravidade do dano; c) e as condições socioeconômicas das partes.

Por meio do REsp. 85.205⁶⁴, julgado em 1997, o STJ referendou uma fórmula na tentativa de auxiliar o julgador no arbitramento do dano moral, aduzindo que: “Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso”. Tal método é defendido por Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Brasil, 2011), que preconiza a ideia da fixação do valor do dano moral, por meio de uma suposta dosimetria, similar ao que se faz no âmbito criminal: primeiramente, o juiz parte de um valor base, fixado para casos semelhantes (aspecto devidamente objetivo), valorando o direito que se pretende, de todo modo, tutelar. Tal fase emerge das jurisprudências e precedentes jurídicos. Após isso, acontece a fixação do valor base, em que o juiz começa a valoração das circunstâncias mediante o caso concreto — o perfil da vítima e do ofensor e, sobretudo, o grau da ofensa da conduta (aspecto subjetivo).

Trata-se do arbitramento em duas fases, uma decorrente de um valor mediano, considerado como valor base para aquela situação, e outra decorrente da situação específica da vítima, exemplo: uma pessoa perde a vista por um erro médico. Não há dúvida de que houve um dano moral em decorrência do ilícito. Ocorre que a vítima era pianista, e a ausência da visão lhe acarretará danos que superam a margem comum. Esse segundo critério, da individualização da vítima, servirá para majorar o valor do dano moral.

Entretanto, a fixação da valoração do dano moral pelo método bifásico é comumente criticada em razão da sua semelhança com a dosimetria da pena, utilizada no âmbito do direito penal, e como já mencionado na exposição histórica deste trabalho, como o código civil tem referência no direito Napoleônico, a ideia de semelhança entre as jurisdições é algo que remete ao retrocesso do progresso das leis, e porque não dizer do reconhecimento dos direitos humanos. Nesse sentido,

A simples noção de uma “indenização-base” não apenas fomenta a associação da indenização do dano moral a uma suposta punição do ofensor como também ignora o fato de que um mesmo evento danoso ensejará tantos danos

⁶⁴ “DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. VÍTIMA MENOR, DE 11 (ONZE) ANOS DE IDADE, QUE NÃO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA A ÉPOCA DO ACIDENTE. DANO MATERIAL INDEVIDO. PRECEDENTE DA TURMA. DANO MORAL. CRITÉRIOS. RECURSO DESPROVIDO. I - EM SE TRATANDO DE MENOR (NO CASO, COM ONZE ANOS DE IDADE) QUE AINDA NÃO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA, MAIS RAZOÁVEL SE APRESENTA A ORIENTAÇÃO QUE NÃO ACOLHE PENSIONAMENTO AOS PAIS A TÍTULO DE DANO MATERIAL, MAS SIM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, FIXANDO-SE DESDE LOGO O “QUANTUM”, A EVITAR FUTURA LIQUIDAÇÃO. II - NA FIXAÇÃO DO DANO MORAL, DEVE O JUIZ ORIENTAR-SE PELOS CRITÉRIOS RECOMENDADOS PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA, COM RAZOABILIDADE, VALENDO-SE DE SUA EXPERIÊNCIA E DO BOM SENSO, ATENTO À REALIDADE DA VIDA E ÀS PECULIARIDADES DE CADA CASO” (Brasil, 2002, n.p.).

morais distintos quantas forem as suas vítimas, dada a individualidade indissociável da tutela da pessoa humana. Se utilizado, contudo, como mecanismo de efetiva perquirição das condições pessoais da vítima, recorrendo-se a decisões anteriores como subsídios para uma maior previsibilidade da decisão, o método bifásico parece uma abordagem razoável para o problema (Bodin de Moraes, 2019, p. 21).

O STJ, utilizando desse raciocínio, elaborou uma compilação de decisão referente a diversos recursos especiais, tarifando valores básicos para delimitar os casos recorrentes na corte. Óbvio que o tabelamento foi criticado e, na sequência, a Corte emitiu uma nota para justificar a tabela, constatando que a mesma era meramente informativa, de cunho jornalístico.

Em síntese, o método bifásico é alvo de críticas devido à necessidade de estabelecer um valor básico, do qual derivaria uma concepção de tarifação do dano moral.

5.4 A melhor forma de arbitrar o dano moral

Após os estudos de todos os métodos, o presente trabalho tende a inclinar-se para a utilização do método bifásico. Por quê? Porque o método tende a mesclar todos os critérios, mas sem omitir a necessidade de resguardar os princípios atinentes à responsabilidade civil, no caso a proporcionalidade e razoabilidade.

Tal método tem sido mencionado em vários julgados da Corte Superior, em especial, e com mais primazia, no REsp. 959.780/ES, de 26 de abril de 2011, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino⁶⁵.

O julgado será adotado como paradigma para a quantificação ideal do dano moral. Contudo, em que consiste o referido método bifásico?

Método construído em duas fases. Na 1^a fase, composto pela formação do valor base do dano moral, encontrado a partir do quadro de precedentes jurídicos dos casos semelhantes. Trata-se da análise do valor base a partir da proteção do interesse jurídico lesado. Após o arbítrio

⁶⁵ “Ementa: Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Morte. Dano Moral. *Quantum* indenizatório. Dissídio Jurisprudencial. Critérios de arbitramento equitativo pelo juiz. Método bifásico. Valorização do interesse jurídico lesado e das circunstâncias do caso. 1. Discussão restrita a quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrada pelo tribunal de origem em dez mil reais; 2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das turmas integrantes da segunda sessão do STJ; 3. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento; 4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes; 5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz; 6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema; 8. Recurso Especial Provido” (Brasil, 2011, p. 1).

do valor base, procede-se à dosimetria da quantia aferida, para mais ou para menos, a partir da análise de todas as circunstâncias do caso concreto, que nada mais são do que os critérios jurisprudenciais já estudados (gravidade do fato, extensão do dano, grau de culpa das partes, tanto ofensor quanto ofendido e condições socioeconômicas das partes).

5.4.1 Primeira fase do método bifásico

Sugerido por Martins-Costa (2003), a partir da análise do art. 944 do CC, que preconiza o arbitramento do dano moral, a partir da extensão do dano, autorizando em seu parágrafo único a redução da quantia em caso de desproporcionalidade entre o dano e a gravidade da culpa do ofensor. A autora denominou a norma como uma “Cláusula Geral”.

Durante o voto do julgado paradigmático, o Ministro Paulo de Tarso (Brasil, 2011, p. 17-18), mencionou que

Os operadores do direito devem compreender a função das cláusulas gerais de molde a operá-las no sentido de viabilizar a ressistematização das decisões que atomizadas e díspares em seus fundamentos, provocam quebras no sistema e objetiva injustiça ao tratar desigualmente casos similares. Sugere que o ideal seria o estabelecimento de grupos de casos típicos, conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio descendendi* em torno destes, construindo a jurisprudência, certos tópicos ou parâmetros que possam atuar pela pesquisa do precedente como amarras excessiva. Flutuação do entendimento jurisprudencial.

A primeira fase da construção do valor do dano moral opera no sentido da criação de uma tabela de direitos pautadas nos bens de personalidade (vida, integridade física, liberdade, honra, entre outros), exatamente os direitos enquadrados no presente estudo como direitos invioláveis, do qual decorre o dano moral objetivo, sem necessidade da demonstração da dor, constrangimento ou humilhação.

Dessa forma, tal tabela, definida pelo ministro como típicos reparatórios, deve ter flexibilização, a fim de evitar o engessamento do fundamento do julgado, fator esse erradicado pelos juristas contrários às propostas.

5.4.2 Segunda fase do método bifásico

Denominada de fase de dosimetria do dano moral, refere-se à análise de todos os critérios jurisprudências, definidos pela gravidade do fato, extensão do dano, grau de culpa das

partes e condições socioeconômicas das partes. Apenas a título de conexão dos quesitos com o método indicado, os tópicos serão enfrentados a partir do propósito a ser atingido, dosimetria da condenação que será imposta.

Quando se fala em gravidade do fato, o julgador visa focar no fato em si, questionando-se: em que circunstâncias ocorreu o ilícito (dia ou noite); qual a repercussão social do dano; e se houve reprovação do ato pela sociedade. Quando se fala em extensão do dano, contextualiza-se a dor da vítima. Se a mesma conseguiu superar a dor e prosseguir sua vida (dano objetivo), ou se o dano ocasionou sequelas psicológicas na vítima (dano subjetivo).

É cediço que certos danos repercutem na esfera subjetiva do indivíduo por toda a vida. É o caso, por exemplo, de um disparo de alarme em uma loja de shopping ou de ser acusado de furto em uma loja de departamentos apenas em razão da cor da pele. Fatos como esses merecem reprovação à altura da intolerabilidade social, pois, sem essa postura, o direito restará fadado à banalização, e tais atos repercutirão em escala ainda maior.

Neste ponto, procura-se aferir se o agente agiu com culpa (imperícia, imprudência e negligência), ou dolo. Perquire-se se a culpa foi leve, média ou grave, do qual decorre uma característica penal acerca da proposta.

Quanto ao grau de culpa das partes — aspecto pouco debatido na doutrina —, parte dos autores o qualifica como punitivo, analisando exclusivamente a índole subjetiva do ofensor e do ofendido. No Resp. n° 959.780/ES, o Ministro assim destacou (Brasil, 2011, p. 14):

Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para a elevação, dolo intenso ou atenuação, culpa leve do seu valor. Evidenciando-se claramente a sua natureza penal em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita.

De forma contrária, havendo a participação da vítima no fato que gerou o dano, haverá o que se denomina de atenuação da dor, minorando a reprovação da conduta a partir da análise do comportamento da vítima (Brasil, 2002, art. 945).

Essa análise é bastante criticada, considerando que o comportamento da vítima, poderá resultar em desprezo da dor se seus familiares, atingidos de forma ‘ricochete’, como ocorre nas situações em que a família perde seu ente querido morto em estabelecimento prisional.

No que tange à situação socioeconômica das partes, o fundamento cinge-se no aspecto da condenação em valor vultoso, a partir da constatação do alto poder econômico da parte. Da mesma forma, o critério detém natureza punitiva. Ocorre que, além de punir, previne, ao passo

que não haveria sentido condenar uma empresa de grande porte em valores ínfimos, porque desprovido de efeitos pedagógicos. Da mesma forma, seria desarrazoada a condenação de uma empresa de pequeno porte em valor vultoso, pois ocasionaria sua falência.

A crítica aferida diz respeito ao risco da fomentação do enriquecimento indevido, ao valorar essas circunstâncias desconexas das demais circunstâncias. Um grande exemplo disso, pode-se extrair a partir do filme *Worth* (2020) — tradução: *Quanto vale?*, que conta a experiência, baseada em caso verídico, do arbitramento dos danos morais aos familiares das vítimas do 11 setembro, realizado pelo advogado Kenneth Feinberg. O filme relata a dificuldade vivenciada pelo advogado escolhido pelo Congresso Nacional dos EUA, para gerir os fundos destinados às vítimas do 11 setembro, em que pese o evento ter sido decorrente de caso fortuito.

O caso gerou repercussão, em razão da necessidade de se arbitrar um valor justo que não resultasse nas falências das empresas e companhias aéreas, responsáveis indiretamente em razão da falha de segurança apontada. A partir desse desiderato, o advogado iniciou sua *via crucis* arbitrando dano moral pelo potencial econômico da vítima, o que, lógico, gerou indignação entre os envolvidos, por verem sua dor menosprezada em razão da sua classe social. Assim, o filme reporta o fracasso da utilização desse critério de forma isolada, contrariando a razoabilidade, coerência e eticidade.

5.4.3 Respaldo legal que fundamenta a utilização do método bifásico

O marco legal para a utilização do método bifásico encontra fundamento no art. 946 do CC/2002, o qual estabelece a apuração do valor das perdas e danos mediante liquidação — seja por artigos (envolvendo cálculos aritméticos simples), seja por arbitramento judicial.

Da assertiva subsume-se o disposto no art. 944 do CC/2002, que determina o arbitramento com base em análise proporcional e equitativa para o caso concreto.

O art. 953, parágrafo único, do CC/2002⁶⁶, estabelece os critérios norteadores de um arbitramento equitativo, determinando que o juiz fixe o valor com base nas circunstâncias específicas do caso concreto. Surge então a indagação: seria aplicável tal entendimento às relações de consumo regidas pelo CDC?

⁶⁶ “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” (Brasil, 2002, art. 953).

Sim, a partir do que preconiza o art. 4º da LICC⁶⁷, que possibilita a aplicação de normas por analogia nas hipóteses de ausência de norma expressa acerca da matéria específica. Isso tudo vai ao encontro do que se pretende com o aludido estudo.

Ainda se utilizando da analogia das normas, o art 5º da LICC⁶⁸, ratifica o entendimento, afirmando que o juiz deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, ao realizar sua atividade jurisdicional. Para concluir, ressaltando a importância da observância dos direitos fundamentais, o art. 8º do CPC⁶⁹, ratifica todo o contexto mencionado até aqui. O dispositivo estabelece que o juiz deve proferir suas decisões atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, além de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência.

Esse último ponto é de vital importância para o sentido da atividade jurisdicional, pois sem qualquer resultado ou transformação no mundo exterior, de nada resulta o desgaste de mão de obra e pecúnia do Poder Público — se não houver propósito maior, qual seja a consecução do bem comum.

Segundo o enredo, o art. 5º da CF/88, em seu inciso XXXII, determina que o Estado promova a defesa do consumidor, que por meio do CDC (Brasil, 1990, art. 6), inciso VII, assegura: “o acesso aos órgãos judiciais e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

Portanto, a par dessa moldura normativa, pode-se concluir que o método bifásico encontra amparo legal e substancial para sua correta e perfeita aplicação.

5.4.4 Pontos favoráveis e desfavoráveis a aplicação do instituto bifásico de tarifação do dano moral

Logo de início, é possível identificar a principal preocupação em relação à utilização do sistema bifásico: a eventual tarifação do dano moral, uma questão amplamente combatida desde a instituição da Lei de Imprensa, como já mencionado anteriormente.

⁶⁷ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Brasil, 1942, art. 4).

⁶⁸ “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (Brasil, 1942, art. 5).

⁶⁹ “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (Brasil, 2015, art. 8).

No fundamento da decisão paradigma, o Ministro Paulo de Tarso alerta para os riscos inerentes à utilização individualizada do instituto, assim como para o possível comprometimento da higidez da tabela de preceitos valorativos do interesse jurídico lesado.

O Ministro adverte que, caso ocorra uma flexibilização periódica da tabela paradigma, a reparação deixará de observar o princípio da reparação integral, o qual exige a análise do caso concreto para a determinação do valor efetivo da indenização.

Em suma, a valorização do bem ou interesse jurídico lesado é um critério importante, mas deve-se ter o cuidado para que não conduza a um engessamento excessivo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, caracterizando um indesejado tarifamento judicial com rigidez semelhante ao tarifamento legal (Brasil, 2011, p. 19).

Outro aspecto criticado quanto à aplicação da teoria do desestímulo reside no conflito hermenêutico entre o direito civil e o direito constitucional. Consoante autores como Walker, Silva e Reinig (2018), a aplicação irrestrita da função dissuasória da responsabilidade civil violaria tanto a liberdade individual quanto os princípios fundamentais que regem as relações jurídicas privadas. Essa colisão normativa, por sua vez, geraria desordem sistêmica, comprometendo a própria estrutura jurídica de um Estado Democrático de Direito.

Os critérios que determinam o grau de culpa do ofensor — independentemente do dano efetivamente sofrido pela vítima e do poder econômico das partes — podem acarretar uma imputação objetiva baseada em circunstâncias alheias ao fato e suas consequências. Essa abordagem desvirtua a natureza da responsabilidade civil, transformando-a em um instrumento essencialmente punitivo, em detrimento de sua função primordial, que é a reparação.

Ainda há um contraponto à aplicação do instituto, ao referendar sua impossibilidade a partir da leitura do art. 5º, inc. X da CF/98. Manete e Barbuto Neto (c2015) afirmam que a norma define a indenização do dano moral, sob o prisma Princiológico compensatório/reparador, e não o punitivo/pedagógico.

Sua admissão implicaria a ilegalidade da conduta, configurando enriquecimento sem causa do ofendido (art. 884 do CC/2002) e caracterizando uma dupla punição no que concerne ao ofensor. Conforme argumenta Vaz (2009), caso o agente já tenha sido condenado criminalmente por injúria - seja a pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa - a condenação civil por danos morais com caráter dissuasório configuraria dupla punição pecuniária, incidindo na vedação do *bis in idem*.

O desembargador Fernando Lins (Brasil, 2024) vai além, afirmando não ser necessária a utilização de nenhum critério com o propósito de salvaguardar direitos protegidos pela

Constituição Federal, e que demonstrem a gravidade do fato ou intenção do ofensor. O autor sustenta que o próprio art. 944 do CC já abaliza a possibilidade de indenização vultosas, ao afirmar que a indenização será proporcional ao dano. Dessa forma, demonstrada a extensão do prejuízo, justifica-se plenamente a condenação em valores consideráveis, sem que seja necessário criar novos critérios quantificativos para o dano moral.

Por fim, para concluir o que foi exposto, a aplicação da teoria do desestímulo aos critérios que definem o valor do dano moral viola um dos axiomas do Garantismo Jurídico em sua acepção *lato sensu*: *Nullum crimen, nulla poena sine lege* — não há crime sem lei anterior que o defina. Em outras palavras, na ausência de lei, não é possível sustentar a existência de critérios punitivos.

No entanto, ainda que se considerem os pontos desfavoráveis, o método encontra mais adeptos do que opositores. Como vantagem primordial — e, sem dúvida, a mais evidente —, sua aplicação resultaria em igualdade e coerência nos julgamentos.

Em contraponto à discussão sobre a legalidade da medida, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF 605 (Brasil, 2023), reconheceu a legitimidade da adoção de critérios punitivo-pedagógicos para a arbitragem do dano moral, na medida em que o juiz avalia sua necessidade com base na gravidade do caso concreto. Destacou ainda que a própria lei prevê indenização proporcional à extensão do dano. Desse modo, quando comprovado que o dano excede os parâmetros razoáveis dos ilícitos civis, a medida deve ser aplicada para assegurar tanto a proteção constitucional do direito quanto a literalidade do art. 944 do Código Civil.

O caráter fundamental da norma que protege a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) abre margem para a aplicação de critérios mais rigorosos, com o duplo propósito de:

(i) assegurar a efetividade do direito fundamental violado; e (ii) transmitir à sociedade que sua violação acarretará consequências punitivas severas, criando assim um efeito desestimulante para terceiros.

Da mesma forma, conforme relatado no capítulo 3 deste trabalho, a falta de parâmetros objetivos para quantificar o dano moral acarreta não só a desvalorização da atuação judicial, mas também do interesse jurídico da vítima, que se sente desamparada pelo Estado – entidade que, entre outras atribuições, tem o dever de proteger seus direitos fundamentais.

Assevera o Ministro no voto (Brasil, 2011, p. 18-20):

A vantagem desse método é a preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos pelo juiz ou tribunal. Assegura igualdade, porque casos semelhantes recebem decisões similares, e coerência, pois as decisões variam na medida em que os casos se diferenciam. Outra vantagem desse critério é

permitir a valorização do interesse jurídico lesado (v.g. direito de personalidade atacado), ensejando que a reparação do dano extrapatrimonial guarde uma razoável relação de conformidade com o bem jurídico efetivamente ofendido.

[...]

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial.

Dessa forma, o instituto visa à ressistematização do modo de julgar, a partir de uma perspectiva comutativa. Ou seja, o julgamento decorreria da reprovação judicial da conduta, fundamentado em uma análise mais técnica, precisa e coerente das situações vivenciadas.

5. 5 Projeto de reforma do Código Civil de 2002

Recentemente, o Senado Federal instituiu uma comissão de juristas com o propósito de atualizar o Código Civil de acordo com os novos anseios sociais. Diante da complexidade e da extensão dos danos, a proposta visa abranger não apenas a esfera individual das pessoas, mas também a coletividade como um todo.

Nesse viés, a comissão — presidida pelo Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão, e composta por um seletivo corpo jurídico, incluindo Nelson Rosenvald (Brasil, 2024) — entendeu necessária a fixação de critérios objetivos para quantificação do dano moral, além da incorporação do aspecto punitivo em determinadas hipóteses. Tal orientação encontra respaldo no art. 944-A do Projeto de Reforma do Código Civil de 2002, conforme se depreende a seguir:

Art. 944-A. A indenização compreende também todas as consequências da violação da esfera moral da pessoa natural ou jurídica.

§ 1º Na quantificação do dano extrapatrimonial, o juiz observará os seguintes critérios, sem prejuízo de outros:

I - quanto à valoração do dano, a natureza do bem jurídico violado e os parâmetros de indenização adotados pelos Tribunais, se houver, em casos semelhantes;

II - quanto à extensão do dano, as peculiaridades do caso concreto, em confronto com outros julgamentos que possam justificar a majoração ou a redução do valor da indenização.

§ 2º No caso do inciso II do parágrafo anterior, podem ser observados os seguintes parâmetros: I - nível de afetação em projetos de vida relativos ao trabalho, lazer, âmbito familiar ou social; II - grau de reversibilidade do dano; e III - grau de ofensa ao bem jurídico.

§ 3º Ao estabelecer a indenização por danos extrapatrimoniais em favor da vítima, o juiz poderá incluir uma sanção pecuniária de caráter pedagógico, em casos de especial gravidade, havendo dolo ou culpa grave do agente causador do dano ou em hipóteses de reiteração de condutas danosas.

§ 4º O acréscimo a que se refere o § 3º será proporcional à gravidade da falta e poderá ser agravado até o quádruplo dos danos fixados com base nos critérios do §§ 1º e 2º, considerando-se a condição econômica do ofensor e a reiteração da conduta ou atividade danosa, a ser demonstrada nos autos do processo.

§ 5º Na fixação do montante a que se refere o § 3º, o juiz levará em consideração eventual condenação anterior do ofensor pelo mesmo fato, ou imposição definitiva de multas administrativas pela mesma conduta.

§ 6º Respeitadas as exigências processuais e o devido processo legal, o juiz poderá reverter parte da sanção mencionada no § 3º em favor de fundos públicos destinados à proteção de interesses coletivos ou de estabelecimento idôneo de beneficência, no local em que o dano ocorreu (Brasil, 2025, p. 74-75).

Débora Amaral (2024, p. 35-52) identifica as razões que levaram os juristas a reformularem os fundamentos da responsabilidade civil. Sua análise revela-se particularmente pertinente ao presente estudo, dada a notável convergência com os argumentos aqui desenvolvidos, conforme demonstra a seguinte citação:

Segundo os autores do anteprojeto, os danos, atualmente, pela complexidade e pluralidade da sociedade, não se apresentam mais com perfil meramente individual e patrimonial, mas são, na verdade, por vezes, metaindividuals e extrapatrimoniais e até mesmo anônimos e irreparáveis. Por isso, eles justificam a necessidade de se adequar a responsabilidade civil a um avançado âmbito legal visando evitar uma desordenada aplicação jurisprudencial em resposta a desafios que não se solucionam pela função compensatória. Esse avanço e atualização na lei deve ser compreendido com um sistema de gestão de riscos e de restauração de um injusto equilíbrio rompido. Além de possuir finalidade diversa, a indenização reparatória e a indenização punitiva se diferem também na estrutura. As funções punitiva e preventiva estão presentes na quantia destinada a ressarcir, sendo a sua estrutura indenizatória totalmente independente da reparação, ela pune o ofensor em valor superior ao necessário à reparação. Quanto à finalidade, ela visa prevenir novas atitudes semelhantes do ofensor ou autor do dano.

Percebe-se que os argumentos são similares ao atual padrão de responsabilização civil, ultrapassado e sem consonância com a complexidade dos riscos sociais, bem como com a dimensão dos mesmos, que sobressaem a esfera individual da parte ofendida, atingindo uma gama mensurável de pessoas.

5.5.1 Conexão dos critérios definidos no Projeto de Reforma com o Critério Bifásico

Ao analisar o texto legal referente à quantificação do dano moral, verifica-se claramente a aplicação do método bifásico no arbitramento do dano imaterial, considerando os requisitos mencionados e a subdivisão em fases. Na primeira fase, apura-se o valor base, com fundamento no interesse jurídico afetado e nos precedentes do Tribunal. Já na segunda, avalia-se a possibilidade de majoração ou redução desse valor, com base nas circunstâncias específicas do caso, tais como a gravidade do fato e a extensão do dano.

Quando a lei menciona o grau de culpa do ofensor, a proposta indica a necessidade de aplicar o instituto pedagógico da sanção pecuniária como instrumento essencial para o restabelecimento da relação jurídica e social entre as partes envolvidas.

Por fim, ao considerar o potencial econômico das partes e a reiteração da conduta, a lei adota uma postura ainda mais rigorosa, ao prever a possibilidade de majoração da sanção em até quatro vezes o valor arbitrado para danos genéricos.

Concluindo, a lei nada mais é do que a positivação do método bifásico já aplicado pelas Cortes Superiores, mas criticado diante da ausência da positivação do instituto.

O tema ainda reforça a ideia de um olhar mais punitivo/pedagógico em favor da aplicação do instituto da responsabilidade civil, em resposta aos anseios complexos da sociedade e da necessidade da intervenção do Estado, em caráter prévio.

A necessidade da afetação de um olhar mais preventivo/dissuasório/pedagógico, advém da mudança da função da responsabilidade civil, que antes detinha apenas o papel de compensar/reparar, dissociando dos ilícitos atuais, que, em sua maioria, perpetuam-se por ausência de um controle judicial eficaz, permanecendo a sociedade a mercê e desprotegida dos seus direitos fundamentais.

5.6 Aplicação do critério dissuasório na Jurisprudência brasileira sob o prisma da atual conjuntura social

Numerosos casos exemplificam a aplicação do critério punitivo-dissuasório no âmbito do dano moral, com condenações consolidadas em diversos órgãos jurisdicionais brasileiros — desde as decisões de primeira instância até os julgados das mais altas cortes do país.

Considerando o objeto específico desta pesquisa, restrito às demandas consumeristas, os exemplos analisados limitam-se a esta matéria. Tal delimitação, contudo, não implica a

inaplicabilidade do instituto a outros ramos do direito — abrangendo desde os ilícitos civis decorrentes de infrações penais até mesmo as causas de família.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julho de 2023, no julgamento da apelação nº 5001045-84.2020.8.24.004/SC (Santa Catarina, 2023), sob a relatoria do Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, proferiu julgamento utilizando o critério do *punitive damages* ou, como dito, punitivo/dissuasório.

No julgamento, o Desembargador-Relator concluiu que a contratação do empréstimo consignado fraudulento decorreu, em certa medida, da má-fé do banco. Tal conclusão fundamentou-se na evidente discrepância entre a assinatura falsificada de forma grosseira no contrato celebrado e aquela constante no documento de identificação da parte, anexado ao contrato.

Assim, a turma reconheceu que, em regra, não se concede dano moral em casos de empréstimos fraudulentos, mas que, no presente caso, decidiu modificar seu entendimento consolidado diante da conduta desidiosa do banco. Considerou ainda sua conivência com práticas estelionatárias, agravada pelo fato de pretender induzir o juízo a erro ao alegar que o autor teria recebido a quantia em uma conta bancária aberta pelo próprio banco — circunstância que agravou a difamação de sua conduta.

Ou seja, o julgado reconheceu uma prática dolosa, que causou ofensa ao direito fundamental da parte, e assim, aplicou o critério do *punitive damages* para arbitrar o valor do dano moral. Verifica-se a parte dessa fundamentação do julgado, para consolidação da ideia:

[...] Muito embora os descontos, in casu, representem apenas 4,77% do benefício do autor [...] — nesses casos esta Câmara, de regra, rejeita a indenização por danos morais —, o caso conta com particularidade que autoriza a fixação da indenização moral, na categoria de *punitive damages*. Como já visto, a falha evidenciada neste processo mais se amolda a uma fraude perpetrada pelo próprio banco (ou seu correspondente), já que, além da falha grosseira na análise da documentação apresentada no ato da contratação, os valores que ele indicou ter disponibilizado ao autor foram, na verdade, depositados em conta de titularidade do próprio banco réu, mantida em instituição terceira...

A condenação aqui, portanto, deve ser suficiente para reprimir a verificada prática maliciosa e abusiva, do próprio banco e/ou do seu agente financeiro/correspondente bancário, sem, no entanto, causar o enriquecimento sem causa da parte adversa.

E nesse contexto, tenho que o valor de R\$ 5.000,00 bem indeniza o autor, além de ser condizente com outros casos análogos julgados por esta Câmara. Precedentes, de minha relatoria, em caso similar (Santa Catarina, 2023, n.p.).

Outro julgado que aborda com maestria a aplicação do critério de *punitive damages* no arbitramento do dano moral foi o proferido na Apelação Cível da Apelação Cível nº 1004101-87.2018.8.26.0566, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador José Augusto Genofre Martins, em junho de 2023. No caso, destacou-se a dupla função do instituto, que atua tanto no caráter punitivo quanto no compensatório. O julgado entendeu que a mera compensação da vítima não seria suficiente para restabelecer a harmonia da relação jurídica, sendo necessária uma condenação mais severa com o objetivo de desestimular a reiteração da conduta ilícita. Dessa forma, defendeu-se a punição do ofensor, que agiu de forma dolosa e consciente, violando direitos abalizados pela norma da Constituição Federal. Tal contexto exigiu uma análise aprofundada do caso, evidenciando a necessidade de um tratamento excepcional.

DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO E INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PEDIDO INDENIZATÓRIO MATERIAL E MORAL – Cobrança indevida e débito em conta corrente não autorizados, de seguro “proteção vida empresa” não contratado Aplicabilidade das regras do CDC à hipótese Falta de demonstração inequívoca de contratação do seguro debitado da conta corrente do autor microempresário -Serviço não contratado e débito em conta não autorizado- Enriquecimento sem causa da ré, que cobrou por serviços não contratados efetivamente Improvimento recursal - Realizada perícia grafotécnica, com conclusão de que as assinaturas não provieram do punho do representante da empresa autora, não sendo compatíveis com os padrões de comparação examinados – Dano material - Restituição simples de valores determinada, sem recurso autoral a respeito do tema Dano moral Ocorrência Responsabilidade objetiva pelo ilícito cometido por prestadoras de serviços integrantes da cadeia de consumo, com a retirada de valores não autorizados, de conta corrente de microempresário atuante no setor de hortifrutigranjeiros, por serviços não contratados Desrespeito com o consumidor e perda de tempo indevida, a caracterizar muito mais do que mero aborrecimento cotidiano, mas lesão a direitos da personalidade - Manutenção do valor indenizatório fixado monocraticamente em R\$ 7.937,15, considerado adequado para dar conta da dúplice finalidade da indenização moral, punitiva e compensatória - Apelo da ré improvido, com majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11 do CPC (São Paulo, 2023, p. 2).

No bojo dos fundamentos da decisão, o Tribunal advertiu a necessidade de assegurar de modo efetivo os direitos da personalidade, entre os quais o direito ao tempo livre — já abordado neste trabalho —, que deve ser equiparado aos direitos fundamentais. Com essa base principiológica, o julgado decidiu condenar a empresa requerida, aduzindo que além da parte ter tido sua honra manchada por ato fraudulento, com conivência do banco requerido, ainda teve que ajuizar uma demanda para ter seu direito respeitado, deixando de praticar atos da sua

vida pessoal para sofrer um desgaste desnecessário por puro descaso e desídia do banco na execução dos seus serviços.

Sobre o tema, Fabris (2015, p. 157-158) argumenta que:

Assim, a lesão pela privação imotivada do tempo de outrem configura a violação de um tempo que não volta mais, que não pode ser compensado, em que não há *restitutio in integrum*, mas momentos de vida que se esvaem, que poderiam ser prazerosos, com o aproveitamento de um tempo livre.

Percebe-se, pela leitura da ideia jurídica, que o julgador — ao adotar a teoria dos *punitive damages* — busca não apenas punir o ofensor e prevenir novas violações, mas também transmitir ao ofendido a mensagem de que seu direito foi integralmente respeitado, sem qualquer forma de descaso ou banalização.

Ao firmar que não há como se compensar a vítima, considerando que o tempo não volta, a única saída seria a agraciá-la com valores que a podem ajudar nos enfrentamentos das dificuldades do dia a dia, e proporcionar a ela um pouco de momento de alegria, algo que a faria esquecer um pouco o trauma vivenciado.

O STF, não obstante o posicionamento adotado na análise da ADI nº 6.050, ainda não possui entendimento pacificado sobre a aplicação do instituto do *punitive damages* em matéria de indenização por danos imateriais. Contudo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.426.667 (Brasil, 2023), sob relatoria da Ministra Rosa Weber, o Tribunal admitiu a possibilidade de condenação mais gravosa em casos de fatos especialmente graves e de reparação particularmente difícil. Em síntese, quando inviável a plena restauração do equilíbrio emocional da vítima, impõe-se sanção mais severa ao ofensor.

O STJ, conforme já avençado em sua jurisprudência, mantém um padrão decisório orientado pela uniformização de entendimentos, mediante a aplicação do método bifásico. Tal sistemática, se adotada de forma generalizada pelos órgãos jurisdicionais, potencializaria significativamente a efetividade da prestação jurisdicional na tutela de direitos fundamentais e na reparação integral às vítimas. Essa atuação, contudo, permanece necessariamente alicerçada nos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988.

No entanto, percebe-se que todos, de forma unânime, somente defendem a aplicação do *punitive damages* quando houver a ocorrência de ilícitos propositais, decorrentes da conduta desidiosa do ofensor de potencial poder econômico, em detrimento da vulnerabilidade do consumidor, que fere direito de personalidade fundamental do ofendido, não compensado pelas

vias ordinárias de correção. Este fato que clama, dessa maneira, uma mudança de postura jurisdicional do Poder Judiciário em face do respeito e da segurança das normas constitucionais de caráter coletivo. Ou seja, melhor punir de forma veemente uma conduta que pode ferir uma escala considerável de pessoas da sociedade que julgar fatos isolados e sem qualquer propósito diante da inércia da justiça.

6 CONCLUSÃO

Diante do cenário apresentado, a evolução do pensamento jurisprudencial revela-se como imperativo que demanda reflexão aprofundada, em sintonia com as exigências de uma sociedade permanentemente exposta aos riscos inerentes às relações consumeristas contemporâneas. Tal adaptação mostra-se não apenas necessária, mas inevitável, ante a dinâmica social atual.

Hoje, adquire-se uma passagem aérea, sob o risco de ter o voo cancelado, adiantado, ou atrasado; faz-se contrato com planos de saúde, sem se ter a certeza de que o serviço de urgência será autorizado; compra-se um produto com valor expressivo, sem se ter a certeza do lapso temporal da sua vida útil; fazem-se contratos e transações bancárias, sob o risco dos dados serem utilizados para outros propósitos fraudulentos, que podem manchar a reputação do cidadão no setor crediário, assim como todos os demais atos da vida consumerista que hoje permeiam sob o risco de tal atividade.

Ocorre que o consumidor, mesmo diante do quadro de competição do mercado, não tem escolha, na medida que tais falhas de serviços são praticadas por todos os ramos empresariais, principalmente por aqueles que possuem maior poder econômico.

Dessa forma, a única maneira de se evitar a banalização do instituto, e ao respeito dos direitos alicerçados a duras lutas históricas de caráter constitucional e fundamental, seria por meio do uso da justiça como um instrumento — não apenas de compensação aos direitos mitigados, mas também de penalização e prevenção —, demonstrando para a sociedade o poder soberano do Estado diante de práticas não suportadas pelo sistema socioeconômico.

O presente estudo teve início com a construção histórica e conceituação dos direitos fundamentais, com o objetivo de compreender a razão de sua natureza inviolável, particularmente no contexto brasileiro pós-Constituição Federal de 1988. A pesquisa explorou a evolução desses direitos desde as transformações sociais e filosóficas da antiguidade até a sua positivação nas constituições modernas, distinguindo os direitos humanos de caráter universal dos direitos fundamentais específicos de cada Estado-Nação.

Na sequência, o estudo abordou a evolução e a função do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque especial na disciplina que trata sobre o Direito do Consumidor sob a égide da Constituição Federal de 1988. O trabalho demonstrou que o dano moral funciona como uma garantia constitucional do direito do consumidor, detendo base principiológica constitucional e de natureza pública, situando-se no topo da hierarquia normativa.

Traçou-se uma abordagem doutrinária da subdivisão do dano moral, a partir da constatação do ato ilícito *lato sensu* e *stricto sensu*. Essa diferenciação foi crucial para compreender o tratamento do dano moral decorrente da violação de direitos violáveis (Código Civil) e direitos invioláveis (Constituição Federal), sendo estes últimos definidos a partir daqueles atinentes ao direito à vida, à liberdade, à honra e à imagem, merecedores de uma tutela reforçada.

Houve uma investigação complexa acerca da questão da aferição e do arbitramento do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, partindo do reconhecimento de que a Carta Magna elevou o dano moral à condição de mecanismo de salvaguarda dos direitos fundamentais, especialmente os invioláveis, além de que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), como instrumento de natureza constitucional, tem o condão de proteger a ordem e a harmonia das relações comerciais, desafios enfrentados pelos juristas e aplicadores da lei na conjuntura jurídica hodierna. Assim, diante da ausência de previsão legal objetiva para a conceituação do dano moral — e da carência de critérios uniformes para o seu arbitramento — as decisões têm sido díspares e indesejáveis, sob uma percepção de que se trata de uma ‘justiça da loteria’.

Por conseguinte, é necessário restaurar a confiança nas relações consumeristas a partir do desestímulo das práticas ilícitas por parte dos fornecedores, que perpetuam em um ciclo vicioso, denominado pela doutrina de dano lucrativo. Na ausência de mudanças, a sociedade tende a cair na famigerada banalização do dano moral, como já ocorre em casos como atrasos de voos, vazamento de dados e contratos fraudulentos. Essa situação gera insegurança jurídica e afeta a estabilidade das relações contratuais, além de refletir a ineficácia na proteção dos direitos dos consumidores.

Acredita-se que a redefinição do dano moral, com foco na proteção dos direitos invioláveis, é essencial para restaurar a função sancionatória e pedagógica da responsabilidade civil e para a construção de uma sociedade mais justa e equilibrada nas relações de consumo.

A publicização do direito privado torna-se uma necessidade, justificada pela natureza constitucional dos direitos fundamentais que salvaguardam a dignidade da pessoa humana. Além disso, métodos subjetivos e inconsistentes de arbitramento do dano moral usados pela doutrina e pela jurisprudência, que se baseiam em critérios como a repercussão do dano, a condição econômica das partes, a gravidade do dano e as circunstâncias do caso são insuficientes para a finalidade do instituto reparador.

Logo, este trabalho defendeu a função punitiva da responsabilidade civil, a partir da incorporação de um critério dissuasório/pedagógico no arbitramento do dano moral, e indica — como meio adequado — o método bifásico, adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Arremata-se que a adoção de critérios mais objetivos e a consideração da função punitiva no arbitramento do dano moral são essenciais para a efetiva proteção dos direitos dos consumidores e para a construção de um sistema de justiça mais equitativo e dissuasório no âmbito das relações de consumo.

O uso do critério punitivo deve se voltar a esse viés, ao empoderamento do Estado em face de vícios de serviços cometidos pelos particulares. Constatou-se que a Constituição foi alicerçada sob o propósito de combater os excessos da atuação do Estado, reduzindo e até anulando os direitos caracterizados como fundamentais. Isso em uma sociedade versada frente a uma diferença de classes.

Atualmente, a sociedade vive a era tecnológica da produção em massa, da qual decorrem diversas consequências capazes de violar os mesmos direitos fundamentais anteriormente mencionados — garantias do cidadão contra o Estado. Diante dos abusos ocorridos na esfera privada, a miscigenação das doutrinas torna-se urgente, especialmente no chamado direito civil- constitucional, pois a inércia estatal está levando o próprio Estado a sucumbir ao que um dia se denominou ‘Estado de Direito’.

Nessa perspectiva, após amplo estudo sobre o dano moral — tanto em sua dimensão absoluta quanto relativa —, conclui-se que o critério adotado para a quantificação do dano imaterial é um tema atual e sujeito a transformações, conforme demonstrado pelo projeto de reforma do Código Civil.

Cumpre mencionar, contudo, um aspecto relevante: nos primórdios da pesquisa sobre esta matéria, esta autora mantinha uma compreensão singela e rasa acerca do papel do dano moral e de suas consequências práticas. Todavia, após exaustiva análise do arcabouço doutrinário, jurisprudencial e bibliográfico, o estudo conduziu a uma significativa reformulação do paradigma inicialmente estabelecido.

Anteriormente, entendia-se que o dano moral deveria ser aplicado de forma absoluta, bastando para tanto a mera violação da norma fundamental. Tal compreensão partia da premissa de se tratar de uma norma-sanção, em que a regra e sua consequência jurídica estavam compreendidas no próprio texto legal.

Ademais, debateu-se que as normas-sanção, por derivarem diretamente da Constituição, devem estar sujeitas apenas a limitações constitucionais — não a restrições de natureza civil. Consequentemente, não podem ter sua aplicação mitigada pelos princípios que fundamentam

as indenizações estritamente civis (denominadas aquilianas, na forma relativa), diferenciando-se das hipóteses absolutas, estas últimas aplicáveis mesmo quando não previstas em cláusulas contratuais. Portanto, tratando-se de dano de natureza *lato sensu*, positivado no texto constitucional, não pode sofrer limitações fundamentadas no princípio da impossibilidade de enriquecimento indevido. A extensão do prejuízo justifica, inclusive, a fixação de indenização por dano moral em valores significativos — aspecto este já amplamente debatido na doutrina e jurisprudência.

O olhar mediante tal hipótese mudou de curso, ao se estudar as questões acerca da possibilidade da aplicação do *punitive damages*. A partir de então, a defesa pelo arbitramento fora dos padrões de limitações civis deve se ater ao direito infringido, ao grau de culpa da parte, ao potencial econômico da parte e à extensão do sofrimento.

Nessa perspectiva, indaga-se: haveria necessidade de mudanças para se ter esse ‘olhar’ mais humano para o ramo do direito civil? Lógico que não, já que todos esses critérios são, hoje, utilizados de formas isoladas por algumas unidades jurisdicionais, somente resta globalizar isso, fazendo com que o direito seja uno como determina na teoria geral.

O sistema de método bifásico revela-se ideal para a implementação dessa proposta. Uma vez concretizadas as reformas sugeridas, apenas se verificará a consolidação da orientação já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para finalizar o estudo proposto, menciona-se precedente jurisprudencial que sintetiza os fundamentos desenvolvidos neste trabalho, abrangendo tanto a dimensão compensatória quanto as funções punitiva e preventiva do dano moral decorrente de violação a direitos fundamentais. Em notável demonstração de atuação jurisdicional, o Tribunal de Justiça do Maranhão — por intermédio da Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca de São Luís, sob a presidência do Juiz Douglas de Melo Martins — proferiu decisão condenatória contra as empresas Apple Computer Brasil e Google Brasil Internet, por violação à legislação consumerista relativa à proteção de dados pessoais.

No curso da ação nº 0815717-65.2020.8.10.0001 (Maranhão, 2024), consolidou-se o entendimento acerca da necessidade de condenação que efetivamente punisse as empresas réus. Verificou-se que estas comercializavam produtos de coleta de dados sem implementar os adequados mecanismos de proteção, deixando os dados dos consumidores expostos à ação de fraudadores que os utilizaram para diversas finalidades ilícitas — incluindo a abertura de contas bancárias irregulares e a contratação de empréstimos fraudulentos.

Durante a ação, restou consignado que, por meio do aplicativo *FaceApp*, as empresas tiveram acesso à biometria facial dos usuários. Verificou-se, ainda, que não havia informações

claras sobre os termos do contrato e a proteção dos dados coletados, uma vez que o documento não estava redigido no idioma local, mas em inglês — o que viola o dever de transparência perante o consumidor. Por fim, sendo considerado um fato grave, constatou-se que esses dados foram disponibilizados, sem consentimento, a terceiros.

Ao analisar a situação, questiona-se: o que se pode fazer com os dados pessoais e biométricos de um indivíduo? Tudo. É possível abrir contas bancárias, realizar empréstimos, saques, crediários, alienações fiduciárias e contratações telefônicas — enfim, diversos serviços que, atualmente, são feitos online com um simples *link* e verificação biométrica.

Diante disso, todos os usuários, sentindo-se lesados, teriam que ajuizar ações judiciais para ver seus direitos garantidos, além de pleitear indenização por danos morais — tanto pelo tempo útil perdido em decorrência do ocorrido quanto pela insegurança gerada pela situação. O feito, sem uma visão de dano coletivo, demandaria uma infinidade de ações, descompromissadas com o perfil punitivo.

O julgamento trouxe um novo olhar na resolução desse tipo de litígio, compactuado com o presente estudo, porque condenou as empresas ao pagamento de indenização de R\$ 19 milhões destinado ao Fundo Estadual de Proteção aos Direitos Difusos, além de R\$ 500,00 por usuário afetado, que comprovasse uso até 01/06/2020.

Em uma primeira visão, pode-se até entender que o dano moral restou irrisório, que poderia banalizar os direitos dos usuários afetados, entretanto o que atraiu interesse para o caso, foi olhar mais repreensivo em face das empresas, e uma pré-condenação imposta a todos que fizeram uso do APP e tiveram seus dados coletados, sem demonstração de possível dano.

O processo reconheceu como fundamentais os dados pessoais do indivíduo, mencionando ainda o caráter constitucional da matéria, reforçando assim a tese defendida sobre a necessidade de uma abordagem diferenciada para esse tipo de situação. Transcreve-se parte dos fundamentos do julgado (Maranhão, 2024, n.p.):

Essa proteção constitucional se alinha com os princípios estabelecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 8º, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais. Tal dispositivo estabelece que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito, determinando que o tratamento desses dados deve ser feito de forma justa, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Ademais, estabelece o direito de acesso e retificação desses dados, bem como a fiscalização por uma autoridade independente. No cenário jurídico internacional, a proteção de dados pessoais é reconhecida como um direito fundamental, o que se reflete na legislação de diversos países, bem como em tratados e convenções internacionais.

Quanto à aferição do dano moral, o julgado entendeu ser o mesmo presumido, porque não haveria como o usuário saber se seus dados estão sendo ou não utilizados por terceiros para fins ilícitos. Nesse sentido,

É evidente, portanto, que no caso de captura não autorizada de biometria facial do usuário (dado sensível, conforme art. 5º, II, da LGPD), sem a autorização do titular, o dano moral é presumido. Isso se justifica pelo fato de que, no contexto contemporâneo, a proteção da privacidade e dos dados pessoais é um direito fundamental cada vez mais relevante, assim tratado tanto na legislação quanto na jurisprudência.

Por outro lado, não seria razoável exigir do titular dos dados compartilhados indevidamente que ele demonstrasse o abalo moral decorrente, uma vez que muitas vezes não é dado a ele conhecer para que fins estão sendo utilizados seus dados, especialmente no caso concreto, em que a captura dos dados ocorreu de forma sorrateira, à revelia do usuário (Maranhão, 2024, n.p.).

Por fim, ao arbitrar o valor do dano moral, o juízo definiu critérios que consideraram a necessidade de reprimir mais severamente as empresas infratoras, visando fazê-las compreender a gravidade de suas condutas — principalmente diante do novo contexto social, que não admite relativizações. Dessa forma, a condenação assumiu caráter nitidamente punitivo, com o objetivo pedagógico de prevenir a reiteração de tais práticas pelas empresas, desestimulando futuras violações. Eis a fundamentação:

Portanto a reparação pelos danos morais coletivos deve ser fixada de modo a desencorajar a reincidência da falta, sem, contudo, propiciar enriquecimento indevido, devendo ser avaliada à luz da proporcionalidade da ofensa (STJ - REsp: 1124471 RJ 2009/0082448-1, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/06/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2010; STJ, AgRg no Ag 1.410.038)

Nesse cenário, entendo que a fixação do valor da indenização pelo dano moral coletivo no patamar de R\$ 19 milhões de reais, como pedido na petição inicial, é razoável, levando em consideração a necessidade de reparação do dano moral coletivo e, por outro lado, o efeito pedagógico da condenação, a fim de que as réis se cerquem de cuidados quando disponibilização de aplicativos em suas plataformas, aferindo se observam a legislação brasileira (Maranhão, 2024, n.p.).

Diante do exposto, realçam-se as seguintes lições: a adequada aferição e arbitramento do dano moral devem considerar necessariamente o direito infringido em sua dimensão constitucional. Quando estiver em jogo norma fundamental, a condenação precisa observar o princípio basilar da proteção aos direitos da personalidade humana. Nessa perspectiva, a prevenção revela-se como mecanismo essencial de coibição.

Condenações irrisórias e sem propósito apenas aumentam as demandas judiciais, levam os servidores à exaustão e à insatisfação e geram insegurança em toda a sociedade. Permanecer da forma como está significaria aceitar uma prática equivocada, em que se julga de maneira arbitrária, sem qualquer fundamentação criteriosa.

No momento em que se estabelece um padrão normativo capaz de auxiliar o julgador no arbitramento do dano moral, este não poderá ir além nem aquém do que está padronizado, pois cairia na famigerada justiça arbitrária, baseada na sorte ou no azar de quem litiga.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 9 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 10 ed. rev. e modif. São Paulo: Saraiva, 2018.

AMARAL, Debora Maria Gomes Messias. ‘Punitive damages’: seu intrigante conceito e sua aplicação no sistema jurisdicional brasileiro. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 3, 2024. Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/314>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2006.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Choque entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia? **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 16, 2010. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/161>>. Acesso em: 02 jul. 2024.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. 4 ed. São Paulo: Edipro, 2014.

ASSIS, Araken de. Liquidação do Dano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 11- 23, 1999. Disponível em: <<https://bd.tjdft.jus.br/items/70ce4891-bfb2-438d-aaf0-82800272f1e1>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BARRETO, Miguel. **A indústria do mero aborrecimento**. 2 ed. Juiz de Fora: Editar, 2016.

BARROSO, Lucas Abreu; DIAS, Eini Rovena. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 94, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/7907520/O_dano_ps%C3%ADquico_nas_rela%C3%A7%C3%A7%C3%BDes_civis_e_de_consumo>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 103–135, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1673>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERALDO, Leonardo de Faria. **O dano moral em razão do inadimplemento do contrato de transporte aéreo de pessoas**. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/handle/2011/194459>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BÍBLIA. Deuteronômio 22:13-30. In: **Bíblia Sagrada**. Tradução de Fernando. 3 ed. São Paulo (SP): Editora NVI, 2023.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Conceito, função e quantificação do dano moral. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 1-24, 2019. Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/4>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BONATTO, Fernanda Muraro. A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do quantum debeatur. **Direito & Justiça**, v. 37, n. 2, p. 136-154, 2011. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/fadir/article/view/8935>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe Pereira. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. O gênesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na escolástica tardia ibérica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, [Lisboa], vol. 62, n. 1, p. 169-183, 2021. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/61892>>. 22 jul. 2024.

BRANDÃO, Cláudio; GAUER, Ruth Maria Chittó. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 110, p. 123-147, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1 jan. 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília, DF: Presidência da República, 27 ago. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117compilada.htm>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF: Presidência da República, 9 fev. 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm#:~:text=Regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o>

A7%C3%A3o.&text=%20Art%20.,lei%2C%20pelos%20abusos%20que%20cometer>.
Acesso em: 17 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, DF: Presidência da República, 19 dez. 1986. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 13 de jul. de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 11 de set. de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 19 de fev. de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 16 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 4, de 2025. Dispõe sobre a atualização da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Autoria: Senador Rodrigo Pacheco (PSD/MG). Em tramitação. Última movimentação: 31 jan. 2025. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/XXXX>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Senado Federal. Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6050. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 26 jun. 2023, publicado em 18 ago. 2023. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/repercussao-geral-e-controle-concentrado-adi-adc-e-adpf-stf/downloads/adi-6050-acordao.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF** – Distrito Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento em: 30 abr. 2009. Publicação em: 6 nov. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2023/12/ADPF- 130-fim-da-lei-de-imprensa-2009.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 2.130.619/SP (2022/0152262-2)**. Relator: Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma. Julgado em: 7 mar. 2023. Publicado em: DJe 10 mar. 2023. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Processos/Jurisprudencia.aspx>> . Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1426667/SC-SANTA CATARINA**. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator(a): Min. Presidente. Decisão proferida pelo(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 30 mar. 2023. Publicação: 31 mar. 2023. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2^a Turma). **Informativo nº 60**. Recurso Extraordinário nº 172720-9/RJ. Indenização – Dano Moral – Extravio de mala em viagem aérea – Convenção de Varsóvia – Observação mitigada – Constituição Federal – Supremacia [...]. STF, Brasília, DF, 1996. Disponível: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo60.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 173.124 - RS (1998/0031303-6)**. Relator: Min. César Asfor Rocha. Quarta Turma, julgado em 11 set. 2001. Diário de Justiça, 19 nov. 2001, p. 277. LEXSTJ, v. 150, p. 93. RSTJ, v. 152, p. 389. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/299905>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 257.036 - RJ (2000/0041327-5)**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgado em: 12 set. 2000. Publicado em: Diário da Justiça, 12 fev. 2001, p. 123. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22257036%22%29+ou+%28RESP+adj+%22257036%22%29.suce.&O=JT>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 403.940 – TO (2002/0001811-5)**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 2 maio 2002. Publicado em: 12 ago. 2002. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200018115&dt_publicacao=12/08/2002>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 530.850 - RJ**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 10 set. 2002. Publicado no DJe de 14 out. 2002. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/530850>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 704.873 - SP**. Relatora: Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 19 jun. 2007, publicado em Diário da Justiça, 2 ago. 2007, p. 346. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19236023/inteiro-teor-19236024>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 713.202 - RS (2004/0184597-4)**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 1º out. 2009. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=916753&tipo=0&nreg=200401845974&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100803&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 844.736 - DF**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em: 27 out. 2009. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, 16 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/16827894>>. Acesso em: 8 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 951.777 - DF**. Relator: Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 19 jun. 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600965181&dt_publicacao=27/08/2007>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 959.780 - ES (2007/0055491-9)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26 abr. 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700554919&dt_publicacao=06/05/2011>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.245.550 – MG (2011/0039145-4)**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 17 mar. 2015. Publicado em: DJe 16 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/181946903/relatorio-e-voto-181946927>>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.653.413 - RJ (2016/0193046-6)**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF: STJ, 2016. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=81979917&tipo=51&nreg=201601930466&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180608&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 ago 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.758.799 - MG (2017/0006521-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 12 nov. 2019. Publicado em: DJe 19 nov. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700065219&dt_publicacao=19/11/2019>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula nº 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. CORTE ESPECIAL, julgado em 12 mar. 1992. REPDJ, 19 mar. 1992, p. 3201. DJ, 17 mar. 1992, p. 3172. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%2737%27.num.&O=JT>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 281**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. Aprovada na

Sessão Plenária de 13 dez. 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Anexo ao Regimento Interno. Brasília: Imprensa Nacional, 1964. p. 128. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula281/false>>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula nº 385**. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. Brasília, DF: STJ, 2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas_2013_35_capSumula385.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 100XXXX-59.2020.8.26.0068**. Marilane Avelar x Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A. Ação cível: dever de informação – irregularidade no atendimento – práticas abusivas – cancelamento de voo. Comarca de Barueri, SP, 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/262975626/processo-n-100XXXX-5920208260068-do-tjsp>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 100XXXX-59.2020.8.26.0068**. Marilane Avelar x Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A. Ação de obrigação de indenizar – Cancelamento de voo – Práticas abusivas – Dever de informação. Comarca de Barueri, SP, 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/262975626/processo-n-100XXXX-5920208260068-do-tjsp>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Sentença no processo XXXXX-40.2023.8.26.0664**. Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Votuporanga. Juiz: José Manuel Ferreira Filho. Votuporanga, 13 mar. 2024. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/2261266152>> . Acesso em: 15 jan. 2025.

BRITO, Bernardo de Azevedo. **Os Direitos humanos e a identidade cultural dos povos**. DHnet. 1998. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh/dh_identidade.html>. Acesso em: 15 set. 2024.

BUCKINGHAM, Will *et al.* **O livro da filosofia**. Tradução de Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: Globo, 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASILLO, João. **Dano moral e sua indenização**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. ver. atualiz. e aum. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo, Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9 ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2010.

CECCONI, Egle. **O dano moral indenizável.** Migalhas, São Paulo, 25 set. 2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/394009/o-dano-moral-indenizavel>>. Acesso em: 11 jul. 2024.

CHADID, Ronaldo. Direitos Fundamentais: origem, evolução, precursores doutrinários e seu perfil geral. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande (MS), v. 1, n. 1, p. 87-111, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/751>>. Acesso em: 11 jul. 2024.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmiação Histórica dos Direitos Humanos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado 159 - III Jornada de Direito Civil.** Coordenador-Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF: CJF, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/274>>. Acesso em: 07 jul. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil.** Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2025.

CONSULTOR JURÍDICO. **Anuário da Justiça Brasil 2024.** Jurisprudência. O preço da dor: ações por danos morais revelam a consciência dos cidadãos sobre seus direitos. São Paulo: Consultor Jurídico, 2024. Disponível em: <<https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2024/pages/page/20>>. Acesso em: 01 fev. 2024.

CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva:** os *punitive damages* na experiência da *Common Law* e na perspectiva do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTO, José Henrique de Oliveira. Vazamentos de dados e dano moral in re ipsa: comentários ao Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 171-188, 2023. Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/258/220>>. Acesso em: 01 fev. 2024.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 [s.d.].

Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2025.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A reparação dos danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2 ed. Leme: J. Mizuno, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil a pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento indevido com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2015.

FABRIS, Sergio Antonio. **Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: SAFE, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: Responsabilidade civil. 7 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. rev. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Marcelo Vieira Rabelo de. **Danos punitivos: a indenização por dano moral como violação de direito fundamental da personalidade e a função garantidora do texto constitucional como método desestimulante de violação da norma inviolável**. 2022. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2022. Disponível em: <<https://www.pucminas.br/pos/direito/Documentos%20Gerais/Resumo%20-20Marcelo%20Vieira%20Rabelo%20de%20Freitas.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2024.

GADAMER, Hans Georg. **A ideia do Bem entre Platão e Aristóteles**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. v. 3. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Alexandre. O Método Bifásico de Arbitramento da Indenização por Danos Morais. In: **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo.** RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do; MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coord.). IBERC - Ed. Foco. Indaiatuba – SP. 2022.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar:** duas formas de pensar. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito:** Introdução à Problemática Jurídico-Científica. Traduzido de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1934.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito:** Introdução à Problemática Jurídico-Científica. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KING JR. Martin Luther. **Why We Can't Wait.** Atlanta: Signet Book, 2000.

KOENIG, Thomas; RUSTAD, Michael. **In Defense of Tort Law.** New York University Press, 2001.

LEITE, Rodrigo. **Em quais situações o STJ considera que há dano moral presumido ou in re ipsa?** JusBrasil. 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/em-quais-situacoes-o-stj-considera-que-ha-dano-moral-presumido-ou-in-re-ipsa/872998307>>. Acesso em: 15 jun. 2024.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. **Los Derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 2004.

LUTZKY, Daniela. **A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais.** Migalhas de Responsabilidade Civil, São Paulo, 6 jun. 2024. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/408700/olhar-constitucional-sobre-acao-de-reparacao-de-danos-imateriais>>. Acesso em: 7 maio 2025.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo, Atlas, 2020.

MANENTE, Luiz Virgílio P. Penteado; BARBUTO NETO, Antonio Marzagão. **O caráter punitivo da indenização por dano moral nos EUA.** SEDEP, c2015. Disponível em: <<https://www.sedep.com.br/artigos/o-carater-punitivo-da-indenizacao-por-dano-moral-nos-eua/>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

MARANHÃO (Estado). Tribunal de Justiça. **PROCESSO: 0815717-65.2020.8.10.0001.** Vara de Interesses Difusos e Coletivos. Comarca da Ilha de São Luís. Julgado em: 18 dez. 2024. Disponível em: <[https://pje.tjma.jus.br/pje/ConsultaProcesso/Detalhe/listAutosDigitais.seam?idProcesso=1334709&ca=ca41db244f276bc5a1aaac247a16c973caa4d56c1f94383ce66e7e5a91c776](https://pje.tjma.jus.br/pje/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/listAutosDigitais.seam?idProcesso=1334709&ca=ca41db244f276bc5a1aaac247a16c973caa4d56c1f94383ce66e7e5a91c776)>

[ab58d1eada9b84bf6bdd1b4eef854962a211570214b705186&aba=>](#). Acesso em: 17 abr. 2025.

MARQUES, Cláudia Lima; BERGSTEIN, Laís. **Menosprezo Planejado de Deveres Legais pelas Empresas Leva à Indenização**. Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao/#:~:text=A%20conduta%20do%20fornecedor%20que,injusto%20que%20deve%20ser%20indenizado>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MASCARENHAS, Diego Fonseca; SOUSA, Giuliane Moraes Correa de. **Dano moral nas relações de consumo: uma crítica sobre a (des)valorização da proteção jurídica do consumidor à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 6, n. 3, p. 92-112, 2023. Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/262>>. Acesso em: 15 jun. 2024.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral nas Relações de Consumo**: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Nehemias Domingos. **Dano Moral nas Relações de Consumo**: Doutrina e jurisprudência. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGALHAS. **Advogado que ajuizou 22 ações iguais pagará multa por má-fé**. 2025. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/425672/advogado-que-ajuizou-22-acoes-iguais-pagara-multa-por-ma-fe>>. Acesso em: 7 maio 2025.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0000.21.035392-6/003**. Relator: Desembargador Fernando Lins, julgado em 22 mai. 2024, publicado em 23 mai. 2024. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2021.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro, 1995. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 46, 2009. Disponível em

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2025.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. CÓDIGO DE HAMURABI: 1772 a.C. Babilônia. [s.d.]. Disponível em:

<https://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/C%C3%93DIGO%20DE%20HAMURABI.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2024.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. ROMA: Lei das XII Tábuas 451 a.C. [s.d.]. Disponível em:

<https://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/Lei%20da_s%20Doze%20T%C3%A1buas.pdf>. Acesso em: 05.06.2024.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. Comissão da Verdade da PUC-SP: Composição. São Paulo: PUC-SP, 2019. Disponível em:

<<https://www.pucsp.br/comissaodaverdade/sobre-a-cvpuc-composicao.html>>. Acesso em: 15 jun. 2024.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil. Diário da República Eletrónico, 1966. Disponível em:

<<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

PRADO, Antônio Orlando de Almeida (Org.). Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

REIS, Clayton. Avaliação do dano moral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro: Portal da Legislação da Presidência da República do Brasil, 7 dez. 1912. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 01 jul. 2024.

RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Portal da Legislação da Presidência da República do Brasil, 4 set. 1942. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 20 jan. 2025.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso: Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens. Tradução de Lourdes Santos. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SALIM, Caroline Vaz. Punitive damages: uma reflexão sobre a sua compatibilidade com o sistema jurídico-constitucional brasileiro. 2006. 27 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4141>>. Acesso em 08 out. 2024

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral:** Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação n. 5001045-84.2020.8.24.0041.** Relator: Des. Hélio David Vieira Figueira dos Santos. Quarta Câmara de Direito Civil. Julgado em 27 jul. 2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/2137900249/inteiro-teor-2137900251>>. Acesso em: 20 jan. 2025.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Dano moral:** um estudo sobre seus elementos. E-Gov – Governo Eletrônico, Florianópolis, 24 set. 2012. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dano-moral-um-estudo-sobre-seus-elementos>>. Acesso em: 7 jul. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 29ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível n. 1004101-87.2018.8.26.0566, São Carlos, SP.** Apelante: Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A. Apelado: Rony Peterson Machado ME. Interessado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: José Augusto Genofre Martins. Julgado em: 29 jun. 2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/2492601808?origin=serp>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: Uma Biografia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva.** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 17 jan. 2025.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Lucas Goulart da Silva. As Consequências das Violações aos Direitos Fundamentais Durante a Ditadura Militar. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Unijuí, v. 2, n. 3, 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/579>>. Acesso em: 29 set. 2024.

SINANIS, Nicholas. The North Briton no. 45 and the doctrinal origins of exemplary damages. **The Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 82, n. 2, p. 321–349, 2023. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/north-briton-no-45-and-the-doctrinal-origins-of-exemplary-damages/56A5F68D302AA29980DA243362A7FE79>>. Acesso em: 29 set. 2024.

SOUZA, Isabela. **A evolução dos direitos humanos no Brasil.** Politize!, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/direitos-humanos-no-brasil>>. Acesso em: 09 jun. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**, n. 341, ano 54, 2006. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;2000757349>>. Acesso em: 09 jun. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. Crise nas fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 364, 2002. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/sophia_web/acervo/detalhe/180847?guid=1739923200735&returnUrl=%2Fsophia_web%2Facervo%2Fdetalhe%2F180843%3Fguid%3D1739923200735%26returnUrl%3D%252Fsophia_web%252Facervo%252Fdetalhe%252F180891%253Fguid%253D1739923200735%2526returnUrl%253D%25252Fsophia_web%25252Fresultado%25252Flistar%25253Fguid%25253D1739923200735%252526quantidadePaginas%25253D1%252526codIGORegistro%25253D180891%252523180891%2526i%253D10>. Acesso em: 09 jun. 2024.

TRIVISONNO, Alexandre Gomes Travessoni. **A Coerência na Doutrina do Direito de Kant.** Belo Horizonte (MG): Mandamentos, 2005.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; MERLE, Jean-Christophe. **A Moral e o Direito em Kant:** Ensaios Analíticos. Belo Horizonte (MG): Mandamentos, 2007.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil:** da reparação à punição e dissuasão. Os punitive damages no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VERBICARO, Dennis; QUARESMA, Gisany. **O Dano Temporal no Desvio Produtivo do Consumidor.** Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – UNIFAFIBE, v. 7, n. 1, p. 48-94, 2019. Disponível em: <<https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/378>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da; REINIG, Guilherme Henrique Lima. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, [S.I.], v. 115, ano 27, p. 169-204, jan.-fev. 2018. Disponível em: <<https://bd.tjdft.jus.br/items/61da492f-9def-4214-9c86-c5e2aac3253e>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

WORTH. Direção de Sara Colangelo. Estados Unidos: Netflix, 2020. Duração: 118 min.

ZENUN, Augusto. **Dano Moral e sua Reparação.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.