

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
COORDENAÇÃO DO CURSO**

**SAULO ARAÚJO MEDEIROS**

**A DESCONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL A PARTIR DE SUA  
EVOLUÇÃO E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.**

**NATAL/RN**

**2014**

SAULO ARAÚJO MEDEIROS

**A DESCONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL A PARTIR DE SUA  
EVOLUÇÃO E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.**

Monografia apresentada como pré-requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Orientadora: Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha.

NATAL/RN

2014

SAULO ARAÚJO MEDEIROS

**A DESCONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL A PARTIR DE SUA  
EVOLUÇÃO E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.**

Monografia apresentada como pré-requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Aprovação em 26/11/2014.

BANCA EXAMINADORA

---

Profº MSc Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha

---

Profº MSc Mariana de Siqueira

---

Profº Dr. Otacílio dos Santos Silveira Neto

## RESUMO

O dano moral enfrenta hoje uma grande resistência por parte do judiciário e da doutrina, sob o argumento de que está existindo uma indústria do dano moral, em sentido pejorativo. Diante disso, o presente trabalho, se propõe a desconstruir essa argumentação a partir, inicialmente, da abordagem da afirmação da responsabilidade civil como adequação à própria evolução das relações sociais e da indústria. Após, fundamenta na análise econômica do direito, especificamente na Teoria da Escolha Racional, segundo a qual o homem age por incentivo, de modo que ele investe mais ou menos em precaução em conformidade com a viabilidade econômica. Assim, se há tantos danos hoje, as condenações não tem sido suficientes para inibi-los, logo, não há tal indústria, mas, sim, uma indústria de produção de danos.

**Palavras Chave:** Responsabilidade Civil. Dano moral. Teoria da Escolha Racional.

## **ABSTRACT**

Nowadays, Judiciary and legal researchers use to avoid to accept and apply compensation for moral damages, arguing that a “moral damages industry” is being set up. Paying attention to this situation, the present work aims to controvert this argument, establishing the notion of civil liability as an element connected to the social and work relations evolution. Also, this research is supported by Law and Economics, precisely Rational Action Theory, which says that human actions are motivated for incentives, so that people invest in care and precaution according to their economic viability. So, if we live among so many damages, their compensations are not enough in order to inhibit the tort, so that is not possible to talk about a moral damages industry, but in an actual damages factory, present in our society.

**Keywords:** Civil Liability. Moral Damages. Rational Action Theory.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2. RESPONSABILIDADE CIVIL E O SEU DESENVOLVIMENTO.....</b>	<b>7</b>
2.1 Fatores do Desenvolvimento.....	9
2.2 Da responsabilidade como exceção à responsabilidade como regra....	11
2.3 A responsabilidade civil como forma de imposição do Direito.....	14
<b>3. DANO PATRIMONIAL E DANO MORAL .....</b>	<b>16</b>
<b>4. DANO MORAL .....</b>	<b>19</b>
4.1 O dano moral no ordenamento jurídico pátrio.....	19
4.2 Caracterização do dano moral.....	24
4.3 Natureza da reparação do dano moral.....	26
<b>5. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....</b>	<b>30</b>
5.1 Uma introdução à Análise Econômica do Direito.....	30
5.2 Teoria da Escolha Racional .....	33
5.3 Falhas de Mercado .....	36
<b>6. DANO MORAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....</b>	<b>39</b>
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>51</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a segunda revolução industrial, no séc. XIX, a responsabilidade civil tem se desenvolvido de modo mais intenso, desenvolvimento esse que ocorreu, sobretudo, durante o século XX, quando se intensificou a produção em massa de bens e aumento significativo da demanda pela prestação de serviços, o que acarretou, a massificação também de danos.

Desta feita, sendo a responsabilidade civil um dos principais instrumentos do direito competente para compelir o indivíduo a agir dentro do que determina o ordenamento jurídico, sob pena de ser responsabilizado, secundariamente, pelo ressarcimento dos danos gerados, referido instituto passou a ser a grande vedete do direito civil, tendo em vista que, havendo uma produção em massa de danos, a demanda por ele passou a ser cada vez maior.

Impende destacar, ainda, que a responsabilidade civil tem o condão de reparar dois danos, quais sejam, o dano material e o dano moral. O dano material, em síntese apertada, consiste em diminuição patrimonial, de modo que, a reparação desse dano deve ocorrer na exata medida de tal diminuição. Por outro lado, o dano moral, também em uma conceituação bastante simplória, consiste nos danos que não possuam cunho patrimonial, ou seja, afeta a dignidade da pessoa humana. Possui, portanto, o dano de ordem moral carga elevada de subjetivismo o que permite que a tentativa de sua desconstrução ou mesmo de diminuição da sua importância ocorra de maneira contumaz.

Nesse contexto foi que surgiu a expressão *indústria do dano moral*, em sentido pejorativo, na tentativa de desqualificar a responsabilização por tal dano. Em razão de tal fato, visando desconstruir tal ideia, foi que surgiu o interesse pela pesquisa na área em comento.

Para tanto, inicialmente, esse trabalho aponta as razões do desenvolvimento da responsabilidade civil, o qual ocorreu por exigência da própria dinâmica social, com o fim de demonstrar que tal instituto possui uma fundamentação histórica e que seu estágio atual é decorrente da exigência da própria sociedade frente aos diversos danos, incluindo, ressalte-se, o dano moral. Assim sendo, se há uma indústria, tal expressão deve ser relacionada, sobretudo, ao número elevado de pleitos de dano moral decorrente da maior frequência das relações de troca, bem como da produção

em massa. Na sequência, distingue-se o dano moral do dano material e o trabalho segue apontando aspectos do dano de ordem moral localizando-o no ordenamento jurídico pátrio, incluindo o seu desenvolvimento no país, bem como os fatos ensejadores da sua configuração.

Após, o trabalho aborda o outro fundamento para a desconstrução da afirmativa de existência de uma *indústria do dano moral*. Trata-se da Análise Econômica do Direito – AED -, disciplina que vem sendo cada vez mais difundida entre os juristas como instrumento para se analisar o direito com fundamento em critérios objetivos. Desta feita, inicialmente faz-se uma introdução à tal matéria, explicando o seu objetivo e expondo o seu caráter instrumental e após fala-se na Teoria da Escolha Racional, a qual, em suma, afirma que o homem age por incentivos e tende, sempre, a maximizar os seus ganhos. Na sequência, são expostas as falhas de mercado mais comuns, isto é, as principais circunstâncias que favorecem que o padrão de comportamento estabelecido pelo mercado sofra alguma alteração.

Por fim, analisa-se as condenações em dano moral à luz da AED, buscando demonstrar que a indústria do dano moral não existe, vez que, na verdade, o homem tende a investir mais ou menos em precaução se ele tiver incentivo para tanto. Além disso, ele só o faz até um ponto ótimo, onde é possível maximizar os seus ganhos, de modo que, de qualquer forma, continuará a serem gerados danos, contudo, no contexto em que o pagamento de indenizações é mais rentável do que o investimento em precaução.

Tal forma de estruturação visa proporcionar ao leitor que, primeiramente, ele tenha acesso a uma abordagem generalista da responsabilidade civil e sua evolução, principalmente, a partir da segunda revolução industrial e, posteriormente, adentre, especificamente, no dano moral, que é o efetivo objeto do presente trabalho. Na sequência, o leitor toma conhecimento de o que é a Análise Econômica do Direito, de modo que ele possa entender como ocorre a interação entre a economia e o direito para, somente posteriormente, tomar conhecimento sobre a teoria da AED que fundamenta o presente trabalho, qual seja a Teoria da Escolha Racional. Após toda essa abordagem teórica, o leitor finalmente tem acesso à aplicação prática da AED com o fim de demonstrar a inexistência da indústria do dano moral. Assim, em resumo, o presente trabalho se estrutura, inicialmente, em uma abordagem teórica e, após, esses conhecimentos são aplicados ao cotidiano.



A metodologia utilizada foi a de pesquisa em livros que tratem sobre a responsabilidade civil e sobre a Análise Econômica do Direito, bem como na internet, onde foi pesquisado tanto artigos referentes à temática deste trabalho, além de ter sido feito um levantamento, no sistema PROJUD, do juizado especial do Rio Grande do Norte, de processos ajuizados nos anos de 2012 e 2013 em face da Telemar, empresa de telefonia do mesmo estado citado, e as consequentes condenações em danos morais.

Diante do exposto, o trabalho se propõe a desconstruir a ideia do dano moral como indústria baseando-se, essencialmente, na fundamentação da responsabilidade civil ao longo da história, com o fim de demonstrar que falar em indústria do dano moral é desconstruir toda a evolução, bem como na Teoria da Escolha Racional advindo da Análise Econômica do Direito.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL E O SEU DESENVOLVIMENTO

O entendimento do desenvolvimento da responsabilidade civil, da dinâmica social que lhe deu causa, bem como a visão global de tal instituto são essenciais para trilhar o fio condutor no seu estudo e na sua aplicação. Como bem afirmou Aguiar Dias, “seria, pois, difícil aprofundar o problema sem esboçar, pelo menos, os traços essenciais, a evolução da responsabilidade civil”.<sup>1</sup>

No caso do presente trabalho, essencial se faz esse estudo com o objetivo de demonstrar o fim a que se presta a responsabilidade civil, bem como que esse fim decorre de uma construção histórica, de uma exigência da dinamicidade da sociedade e da própria necessidade do Direito se impor.

A responsabilidade civil, em que pese ser um instituto existente há séculos<sup>2</sup>, se destacou pela sua evolução, sobretudo, durante o século XX. A evolução nesse período foi tamanha que Louis Josserrand, em conferência proferida na Universidade de Coimbra em 1936, afirmou ser o termo pertinente *revolução* ao invés de evolução, “tão rápido, tão fulminante foi o movimento que levou a teoria da

---

<sup>1</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v, p. 23.

<sup>2</sup> José de Aguiar Dias afirma que um princípio geral regulador da reparação do dano foi esboçado na Lei Aquilia, embora reconheça, citando Mazeaud et Mazeaud, que não foi nessa oportunidade, ainda, que se desenvolveu uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno.

responsabilidade civil a novos destinos”<sup>3</sup> É possível afirmar que, no referido período, os domínios da responsabilidade civil se desenvolveram na mesma proporção em que se multiplicaram os inventos e outras conquistas da atividade humana.<sup>4</sup>

De fato, se analisarmos a evolução social do século XX, constataremos que tal afirmação é, sem medo de errar, verdadeira.

Foi durante o referido século que ocorreram as duas grandes guerras mundiais, o que favoreceu o incentivo a pesquisa com fins de aumentar o poderio político e bélico das nações envolvidas. Foi nesse mesmo período que a indústria farmacêutica se desenvolveu consideravelmente, sobretudo, em decorrência da descoberta da penicilina; foi quando a comunicação entre pessoas foi intensificada por meio do desenvolvimento da telemática; foi quando o comércio entre países se intensificou; enfim, foi quando a produção, por meio de um processo iniciado com a segunda revolução industrial, no século XIX, alcançou recordes.

A intensificação da produção também intensificou a produção de danos e, como não poderia ser diferente, implicou a ampliação da atuação da responsabilidade civil que passou a ser, com frequência bastante elevada, pleiteada nos tribunais, chegando-se a falar, irresponsavelmente, em tom pejorativo, na indústria da responsabilidade civil.

O tom pejorativo é ainda mais intenso quando se fala, especificamente, em dano moral, vez que a sua constatação é bastante subjetiva, ficando ao bel prazer de cada juiz entender pela sua ocorrência no caso concreto ou não. Contrariamente, está o dano material, o qual carece de provas para a sua existência e, existindo elas, a condenação sob tal justificativa é incontroversa. Também em razão da referida subjetividade, o ataque ao dano moral e a tentativa de sua desconstrução se torna mais fácil. Contudo, o discurso desmoralizante da reparação civil do dano não deve prosperar.

Ora, a responsabilidade civil tem o objetivo de reparar danos, vez que ela somente é aplicável quando, havendo a violação de uma norma qualquer, se vê o praticante da violação obrigado a assumir as consequências decorrentes de tal ato. Assim, a responsabilidade civil não é obrigação principal, mas sim, decorre do descumprimento dela.

---

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2.

<sup>4</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.2.

Nesse diapasão, percebe-se que, se há indústria da responsabilidade civil, é porque há, também, indústria de danos e, diante desse fato, não ficou a sociedade inerte. Passou ela a exigir, do Poder Judiciário, uma resposta, com o fim de frear os recorrentes ilícitos praticados, bem como reparar os danos.

## 2.1 Fatores do Desenvolvimento

Diante da forma como se deu o desenvolvimento e a evolução da responsabilidade civil a partir da segunda revolução industrial e ao longo do século XX, dois fatores são possíveis de serem extraídos dessa contextualização como primordiais para o avanço da responsabilidade civil, conforme leciona Louis Josserrand. O primeiro deles é a própria revolução industrial e o segundo é a busca da justiça social.<sup>5</sup>

A influência da revolução industrial na evolução da responsabilidade civil é fato incontroverso. A velocidade crescente em escala geométrica da produção, da comunicação, do escoamento da produção, tudo isso em decorrência da revolução industrial, foram indispensáveis para o alastramento da prática de ilícitos e, conseqüentemente, da busca pela reparação dos danos causados por esses ilícitos, pelo meio que o direito oferecia e ainda oferece, qual seja a responsabilidade civil.

Tal efeito jurídico e social não demorou a ser percebido pelos estudiosos, haja vista que, ainda em meados do século XX, período no qual mais impactou as conseqüências da produção em massa possibilitada pela revolução industrial, já se escrevia sobre a curva crescente da prática de ilícitos e o conseqüente desenvolvimento da responsabilidade civil.

Em 1939, Georges Ripert no prefácio ao Tratado de Responsabilidade Civil, de René Savatier, já escrevia que a “multiplicação dos acidentes corporais seria a causa principal da severidade da lei ou dos juízes em relação aos que os causam”<sup>6</sup>, ao tratar sobre o desenvolvimento da responsabilidade civil.

No mesmo sentido, mas alguns anos após, José Dias de Aguiar afirmou que os infortúnios derivados da vida moderna sustentaram a necessidade de reparação

---

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3.

<sup>6</sup> SAVATIER, René. **Traité De La Responsabilité Civile**. Paris: LGDJ, 1939, t. I, p. X. In: CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3.

com mais frequência do que antigamente.<sup>7</sup> Esse mesmo autor também afasta qualquer aspecto negativo que queira se dar ao instituto da responsabilidade civil, ao afirmar que a importância crescente do mesmo não deve ser encarada senão como sinal de desenvolvimento maravilhoso da indústria e das aplicações da ciência, o que passou a exigir dos juristas a adaptação das normas do direito.<sup>8</sup>

Nesse diapasão, percebe-se que a produção em massa foi umas das grandes responsáveis pelo dano em série ou dano em massa.

Igualmente responsável pelo desenvolvimento da responsabilidade civil foi, e ainda é, a busca da justiça social. Tal fato não significa, contudo, que não havia essa busca anteriormente, mas, sim, que o cidadão passou a demandar muito mais por ela, haja vista que as próprias circunstâncias lhe forçaram a isso. Nesse mesmo sentido estar Aguiar Dias.<sup>9</sup>

Também favoreceu a busca pela justiça social, a superação do velho Estado Liberal. O novo Estado que ganhou espaço principalmente após a Segunda Guerra Mundial, passou a intervir diretamente na sociedade, sobretudo, no domínio econômico e, especialmente, em setores sociais deficientes, com o fim de combater abusos, preservar a justiça social e o bem-estar social. Com isso, o Estado deixou de ser mero espectador para ser também ator, voltado para a realização da justiça social, para o fortalecimento da sociedade solidária.<sup>10</sup>

Diante do exposto, percebe-se que o desenvolvimento da responsabilidade civil ocorreu em decorrência de uma construção histórica, fundamentada na nova dinâmica social imposta, sobretudo, pela produção industrial em massa e, conseqüentemente, a massificação de danos, o que levou os cidadãos a exigirem, do poder judiciário, uma resposta a tal fato, exigindo que o direito, em face da

---

<sup>7</sup> “A multiplicação dos infortúnios, derivada da vida moderna, induz, com efeito, o mais egoísta a pensar que amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão utilitária, decerto, mas nem por isso menos eficiente, para que aceite e sustente a necessidade de reparação com mais frequência do que antigamente.” DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v. p. 13.

<sup>8</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v., p. 14.

<sup>9</sup> “O sentimento de justiça, nos que o têm, não é, por certo, mais refinado hoje do que anteriormente. Sucede, porém, que ele é, agora, muito mais solicitado a manifestar-se e intervir, do que antigamente. É por isso que se tornou mais acentuadamente uma concepção social, em lugar de noção caracterizadamente individual.” DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v. p. 13.

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 04.

necessidade de continuar a se impor, aperfeiçoasse a responsabilidade civil como meio de frear a prática infinita de ilícitos.

## 2.2 Da responsabilidade como exceção à responsabilidade como regra

Outro aspecto alterado significativamente com a evolução da responsabilidade civil após a segunda revolução industrial foi a passagem da responsabilidade como exceção para a responsabilidade como regra. Tal fato se deveu, sobretudo, ao estudo do elemento culpa como requisito indispensável ao reconhecimento do cabimento da responsabilização civil.

Enquanto anteriormente o elemento culpa, diante da sua exigência, afastava a responsabilidade, agora, a sua não exigência em diversos casos, deu maior aplicabilidade à responsabilidade civil, de modo que se passou a dar maior proteção ao cidadão, ao consumidor e a usuários de serviços públicos e privados.

A responsabilidade subjetiva, a qual era regra anteriormente, não concebe a responsabilidade sem culpa, de modo que, conforme a mesma preceitua, a responsabilidade deve ser centrada no sujeito responsável, devendo-se instruir a responsabilização com provas de que a ação ou omissão que ensejaram o dano ocorreram por culpa do agente.

Essa abordagem da responsabilidade civil vinha desde a Lei Aquillia do Direito Romano e traduzia o ideário liberalista do século XX. Contudo, se mostrou incapaz de atender aos anseios sociais a partir da segunda revolução industrial, com a produção em massa. Em razão disso, a culpa deixou de ser requisito indispensável para a responsabilização, de modo que, conseqüentemente, a responsabilidade civil deixou de ser centrada no agente, já que não importa mais como ele agiu, se o *modus operandi* foi o que acarretou o dano. O foco é o dano, é se ele ocorreu ou não.

Na responsabilidade civil subjetiva, fixou-se, portanto, como regra geral, para a configuração de obrigação de indenizar o dano, o elemento subjetivo extraído da conduta do agente: a culpa<sup>11</sup> (*lato sensu*)<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Ltr, 2004, p.31.

<sup>12</sup> “Em sentido lato a culpa é definida, de acordo com Maria Helena Diniz, como a violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreendendo: “o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido

Ocorre que o desenvolvimento socioeconômico e a dinâmica da sociedade acarretaram o surgimento de circunstâncias em que não era possível reparar o dano, haja vista a impossibilidade de demonstração da culpa do agente responsável. Tal contexto permitiu o alastramento de diversas situações de desvantagem para a vítima acarretando a necessidade de se dar ao instituto da responsabilidade civil uma nova visão.

Essa responsabilidade focada no dano ficou denominada de reponsabilidade objetiva. Aqui, o fato gerador da responsabilidade do agente não é mais a culpa, ou a relação jurídica contratual, mas, sim, a mera ocorrência do dano, desde que exista nexos causal entre o dano constatado e a conduta. Isso resultou na necessidade da formulação jurídica de um novo alicerce, ao lado da culpa, para a responsabilidade civil: o fundamento baseado na ideia do risco, em que se faz preponderante o elemento objetivo.<sup>13</sup> Esse novo alicerce permitiu a reparação do dano fundamentada apenas na verificação da existência do dano e o seu nexos com a conduta do autor do ato ou da sua omissão.

Aguiar Dias destaca a impossibilidade de ser repellido o risco, porque a culpa muitas vezes é insuficiente como geradora da responsabilidade civil, sob pena de sancionar-se uma injustiça.<sup>14</sup>

Essa evolução no ordenamento jurídico pátrio pode ser percebida a partir da comparação do Código Civil de 1916 com o Código Civil de 2002. Enquanto aquele era essencialmente subjetivista, este é preponderantemente objetivista. Além disso, diversas outras legislações trazem o caráter objetivo da responsabilidade civil, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, bem como a própria Constituição Federal de 1988, que disciplina diversas áreas de incidência da responsabilidade civil, a exemplo da responsabilidade do próprio Estado (art. 36, §6º), responsabilidade por danos nucleares (art. 21, XXIII, c) e danos ao meio ambiente (art. 225, §3º).

---

estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever, com o que não se reclama que o ato culposos tenha sido realmente querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências." DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. V.7, 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 34 *apud* MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Ltr, 2004, p.31.

<sup>13</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 32.

<sup>14</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v., p. 14, p. 20.

A responsabilidade objetiva, no entanto, embora seja preponderante, ela ocorre por previsão legal específica, não cabendo uma cláusula geral, que a estabeleça como regra. Apesar disso, situações numericamente expressivas e de importância incontestável para o equilíbrio social estão protegidas pela objetividade. Assim, condutas que não desbordem do padrão de licitude, inserem-se num conceito mais amplo de antijuridicidade<sup>15</sup>, em face da consideração do risco assumido quanto à causação de danos a terceiros na adoção de determinada conduta, tida como potencialmente perigosa. Cumpre aqui destacar análise de Maria Helena Diniz:

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizada pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram à uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando à proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo o dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do 'ubi emolumentum, ibi jus' (ou 'ibi onus'), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas consequências.<sup>16</sup>

Essa transformação é resultado das mudanças sociais, sobretudo do grande desenvolvimento da indústria, conforme anteriormente exposto. Da responsabilidade fundamentada na culpa se passou às presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal, ou seja, a responsabilidade objetiva, prevista em lei.<sup>17</sup>

Em razão de tal mudança, José de Aguiar Dias afirma que, já não é da responsabilidade civil que se trata, embora haja conveniência em conservar o

---

<sup>15</sup> MEDEIROS NETO *apud* BITTAR: "no tecido atual da teoria, biparte-se a ideia de antijuridicidade em subjetivista e objetiva, conforme seja o resultado imputável à consciência do agente, e, portanto, dependente da análise concreta de sua conduta, ou decorrente apenas do fato danoso, como consequência do exercício de atividades perigosas, segundo as concepções prevalescentes"

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 12.

<sup>17</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v., p. 22.

nomem juris, imposto pela semântica. O problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação do dano.<sup>18</sup>

### **2.3 A responsabilidade civil como forma de imposição do Direito**

A responsabilidade civil, além do objetivo de reparar o dano, possui outro fim, o qual fica escondido por trás das cortinas do mencionado objetivo, contudo, não é menos importante que ele. Apenas, por não ser objeto de litígios, tampouco pleito em demandas judiciais, por não ter um impacto direto para o indivíduo, ele não é alvo de grandes discussões. Trata-se da responsabilidade civil como forma de garantir a imposição do próprio direito pelo direito.

Para o melhor entendimento de tal afirmação, necessário destacar que, antes de se falar na responsabilização civil, deve-se lembrar que ela somente será cabível no caso de descumprimento de uma norma anterior, a qual seria, de fato, a obrigação do indivíduo.

A responsabilidade surge como uma forma de garantir que a prática do ilícito seja coibida, evitada e, sendo ele praticado, que seja o seu agente punido, justificando-se na responsabilidade à ele atribuída. Assim, temos que o Direito tem o fim precípua de dizer o que é correto em conformidade com as exigências da sociedade e, caso venha a ocorrer um desvirtuamento do agente, acarretando um ato ilícito, é quando há ensejo para a responsabilização do agente pela conduta ilícita que veio à gerar um dano.

Sérgio Cavalieri Filho sintetiza esse raciocínio afirmando que “o Direito se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimí-los e corrigir os seus efeitos nocivos.”<sup>19</sup>

Desta feita, tem-se que a responsabilidade surge como consequência de um ato que deveria ser lícito, contudo, diante de um desvio de conduta ou, ainda, da ocorrência de um evento inesperado, o ato torna-se ilícito. Dessa forma, o dever jurídico da responsabilidade é sucessivo. Isso quer dizer que, inicialmente, há uma obrigação, a qual deve ser cumprida. Esse é o dever originário. Contudo, sendo

---

<sup>18</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v., p. 16.

<sup>19</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 04.



esse dever violado, surge um novo dever jurídico, um dever secundário, qual seja, o de reparar o dano. Nesse sentido lecionam Cavalieri e Carlos Roberto Gonçalves.<sup>20</sup>

Assim sendo, quando se fala em responsabilidade, o que interessa é aprofundar o problema no que tange a violação da norma ou obrigação da qual se encontrava o agente.<sup>21</sup> Decorre disso, ser possível afirmar que toda conduta humana que violar dever jurídico originário, ao causar prejuízo à alguém é fonte geradora de responsabilidade civil. A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face do dever ou obrigação.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil também exsurge como instrumento para se evitar que o direito seja descumprido, dado que o agente saberá que, caso descumpra a norma, ele irá sofrer consequências, as quais serão arbitradas pela responsabilidade civil. É, portanto, a responsabilidade também responsável por fazer o agente se sentir pressionado a cumprir o direito na sua forma originária, sob pena de ser responsabilizado civilmente.<sup>22</sup>

A responsabilidade civil se desenvolveu também, portanto, da própria necessidade do direito de se reafirmar, afinal, como bem afirmou Aguiar Dias, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito<sup>23</sup>, a partir de interpretação dada à fórmula precisa do Juiz José Antônio Nogueira que afirmou que “todo o direito assenta na ideia de ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”. Desta feita, não sendo o direito por si só, pela sua imposição legal, capaz de obrigar o jurisdicionado a cumprí-lo,

---

<sup>20</sup> “A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que outrem tem de reparar o prejuízo decorrente de violação de um outro dever jurídico.” CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 04, p. 13.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2. “As obrigações derivadas dos “atos ilícitos” são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado”

<sup>21</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v, p. 03.

<sup>22</sup> “Marton estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.” G. MARTON. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris, 1938, nº 97, pág. 304 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v, p. 3.

<sup>23</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v, p. 14.

necessário fez-se o desenvolvimento de uma técnica legal, denominada de responsabilidade civil, isso na seara civil, para que a norma se impusesse, com o fim de, diante da possibilidade de uma punição, forçar o indivíduo a obedecer à norma legal.

### 3 DANO PATRIMONIAL E DANO MORAL

O termo dano não possui uma definição legal, razão pela qual acarreta uma grande proliferação de conceitos e modalidades de danos. Hodiernamente, podemos falar em uma infinidade de danos ensejadores de reparação que não atendem a um conceito, tampouco à critérios definidos, de modo que a decisão sobre se um dano deve ser tutelado pela responsabilidade civil, fica a cargo do juiz.

Dentre os vários danos hoje pleiteados podemos citar o dano por descumprimento de deveres conjugais, dano por brincadeiras cruéis, dano de morte, dano sexual, dano hedonístico, dano pelo custo do filho indesejado, dano por abandono afetivo de filho menor, dano por descumprimento de contrato, dano por inadimplemento.

Em que pese tal contexto, é possível dividir o dano, no âmbito da responsabilidade civil, em dano patrimonial ou material e dano extrapatrimonial ou moral, respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, e o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido.<sup>24</sup>

Assim, todos os danos que venham a ocorrer, a exemplo dos anteriormente citados, se enquadram em uma dessas duas espécies, sem qualquer impedimento para a acumulação de ambos.

A distinção entre as duas espécies de danos é feita, pela doutrina, conceituando-se o dano patrimonial e, o que não puder ser incluído nele deve ser incluído como dano extrapatrimonial. Exemplo disso é a conceituação de Aguiar Dias dada ao dano moral, ao afirmar que “quando ao dano não corresponder as características de dano patrimonial, estamos em presença de dano moral”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18.

<sup>25</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.19.

Pontes de Miranda, em conceituação semelhante a de Aguiar Dias, afirma que “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que é, só o atingindo como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.”<sup>26</sup>

Oportuno destacar que ao se falar em patrimônio, deve-se considerar as coisas corpóreas, a exemplo do carro e da casa, e as incorpóreas, à exemplo dos direitos de crédito.

A falha em referida definição estar em não considerar, nos danos patrimoniais, os bens personalíssimos, os quais, se violados, pode acarretar a perda de receitas ou a geração de despesas, que pode ser configurado como dano patrimonial indireto. É o caso do advogado que tem o seu nome denegrido por alguém, acarretando a sua perda de clientes; do motoqueiro, que sofre um acidente por culpa de terceiros, e não pode mais exercer o seu ofício, acarretando a perda de receita.

Diante disso, Antunes Varela propõe uma conceituação diversa da tradicional para o dano patrimonial, ao afirmar que este dano ocorre quando é susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão -, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária.<sup>27</sup>

No que tange a conceituação de dano moral, a temática envolve discussões mais acaloradas, tendo em vista a sua área de abrangência e a infinidade de casos em que pode incidir, o que dificulta a sua conceituação.

Como já dito, alguns doutrinadores partem de um conceito negativo, de modo que dano moral seria aquele dano que não fosse material. Ocorre que essa conceituação causa uma instabilidade muito grande para o dano moral, por não criar critérios para a incidência de tal dano.

Por outro lado, há doutrinadores que preferem uma conceituação positivista, conceituando, portanto, o dano moral como dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma. Essa conceituação, igualmente, não concede ao julgador critérios específicos para a incidência do dano moral, contudo, limita mais a sua seara de aplicação do que o conceito negativo. Dentro dessa conceituação

---

<sup>26</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.19.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

positivista outra conceituação foi construída para o dano moral, a qual não se fundamenta nas consequências do referido dano, mas, sim, afirma que o dano de tal espécie se “restringe apenas àquelas situações em que realmente houve um ataque à dignidade da pessoa humana”.<sup>28</sup>

Seguindo a conceituação de dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana está Maria Celina Bodin de Moraes, ao afirmar que “constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos da dignidade humana”.<sup>29</sup>

Essa dificuldade de conceituação se deve, sobretudo, à própria evolução da responsabilidade civil, a qual, em razão da modificação do subjetivismo para o objetivismo e do aumento em progressão geométrica, após a segunda revolução industrial, da ocorrência de danos, acarretou a possibilidade de reparação dos mais variados danos. O dano material ficou em uma posição confortável e que não merece grandes discussões, já que a sua constatação depende somente de provas, que comprovem a diminuição de patrimônio da parte, sendo quantificado, apenas, com base na diminuição patrimonial. Diversamente, ficou a situação do dano moral.

O dano moral ficou responsável por reparar danos relacionados à subjetividade de cada indivíduo, à própria natureza humana, como resultado da eclosão da questão social, a qual colocou o homem no centro do ordenamento jurídico, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos, razão pela qual surgiu a conceituação do dano moral como sendo a lesão a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, o dano moral ficou responsável por cuidar de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana.<sup>30</sup> São os direitos da personalidade, isto é, direitos inerentes à personalidade, os quais são reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, à exemplo do direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana.

---

<sup>28</sup> ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da. A quantificação do dano moral no direito brasileiro: até quando conviver com essa indefinição. **Revista Jurídica Inverbis: Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, p.238, jan./jun. 2012, nº 31. Semestral.

<sup>29</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** In. Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito, p. 327. Julho – Dezembro 2006, nº 29.

<sup>30</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

Yussef Cahali propõe a classificação do dano moral em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.).<sup>31</sup>

Nesse diapasão, com base em tal classificação, o mesmo autor propõe conceituar dano moral em sentido estrito e em sentido amplo. No sentido estrito, o dano moral corresponde à violação do direito à dignidade. Já em sentido amplo corresponde à violação de algum direito ou atributo da personalidade.

Diante do exposto, o dano patrimonial, também chamado de dano material, refere-se ao dano que acarretou à uma redução de patrimônio do indivíduo, de modo que a sua mensuração é no exato limite da diminuição ocorrida. Por outro lado, o dano moral é bem mais abrangente, envolvendo, além da dor, da tristeza e do sofrimento, também a tutela dos bens personalíssimos. Este dano possui, portanto, natureza imaterial, de modo que não é possível mensurá-lo em pecúnia, de modo que qualquer obrigação pecuniária imposta ao causador do dano mais representa uma satisfação do que uma indenização efetiva.

## 4 DANO MORAL

### 4.1 O dano moral no ordenamento jurídico pátrio.

Mazeud et Mazeud, sendo citado por Aguiar Dias, já afirmava que o legislador, na impossibilidade de prever tão espantoso desenvolvimento, limitou-se a estabelecer algumas regras gerais que, apesar de tudo<sup>32</sup>, devem ser respeitadas e admiradas, haja vista que, embora parecessem insuficientes, somente elas seriam capazes de resolver as questões mais modernas.

Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento da responsabilidade civil foi tão rápido e dinâmico que a evolução da legislação sobre referido instituto não foi capaz de acompanhar as necessidades da modernidade, de modo que passou-se a julgar

---

<sup>31</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

<sup>32</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v, p. 15.

com fundamento nos dispositivos então existentes, contudo, avançando na hermenêutica caso a caso.

Com o ordenamento jurídico pátrio não ocorreu diferente.

Inicialmente, era controvertida a questão da reparabilidade do dano moral, sob a alegação, principalmente, de que não era possível estimá-lo. Posteriormente, passou-se a ter a ideia de que, em que pese a impossibilidade de estimar em pecúnia a dor, não se tinha o objetivo, com o dano moral, de ressarcir a vítima, mas, sim, de compensá-la pela tristeza decorrente do dano moral.

De fato, o dano de ordem moral possui um caráter satisfativo e não um caráter de restabelecer o status quo ante da vítima, assim como o dano material.<sup>33</sup> Assim, percebe-se que é possível dar a condenação três funções, conforme leciona Serpa Lopes: a) a de equivalência; b) a de penalidade; c) a de satisfação.<sup>34</sup>

Nesse desiderato, de forma sucinta, a equivalência ocorre quando a prestação é passível de estimação pecuniária; a penalidade ocorre quando há a estipulação de uma cláusula penal e; a satisfação ocorre quando há a atribuição, pelo magistrado, de um determinado valor, a título de reparação.

A equivalência, na seara do dano moral, a qual era defendida por meio do princípio da equivalência, já estar superada, haja vista que se chegou a conclusão que o dano moral, diante da sua subjetividade e da impossibilidade de aferí-lo em valores precisos, não permite uma equivalência entre o dinheiro e o dano moral.

Nesse diapasão, percebeu-se que, na verdade, o dano moral tem o objetivo de satisfazer a vítima, condenando o agente no pagamento de um determinado valor que, embora possa não ser capaz de suprir a dor gerada, ele tem o condão de satisfazê-la, permitindo uma reparação do dano. Josserand afirma que a reparação no caso dos danos morais assumiria um caráter satisfatório, já que, pela impossibilidade da valorização do preço da dor, jamais se chegaria a uma reparação

---

<sup>33</sup> “Em suma, em que pese o princípio que fundamenta o dever de indenizar se fundamentar no fato de que a todo o dano injusto deve corresponder um dever de reparação, quando a vítima reclama a reparação pecuniária de dano moral, não pretende que se estipule uma cotação para sua dor, mas, tão somente, que se lhe assegure um meio de atenuar, mesmo que parcialmente, as sequelas da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não tem o condão de equivalência, como, ordinariamente, nos danos materiais, porém, simultaneamente, a função satisfatória e a de pena.” ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da. A quantificação do dano moral no direito brasileiro: até quando conviver com essa indefinição. **Revista Jurídica Inverbis: Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, p. 239, jan./jun. 2012, nº 31. Semestral.

<sup>34</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 100.

segundo o modelo clássico da equivalência.<sup>35</sup> Nesse sentido escreve M.I. Carvalho de Mendonça<sup>36</sup>:

Existe uma verdadeira logomaquia nesse argumento. Que tal equivalência não existe não há duvidar. Concluir daí para a não reparação é o que reputamos sem lógica. Realmente, a equivalência não se verifica, nem mesmo entre os meios morais. Nada, pois, equivale ao mal moral; nada pode indenizar os sofrimentos que ele inflige. Mas o dinheiro desempenha um papel de satisfação ao lado de sua função equivalente. Nos casos de prejuízo material esta última prepondera; nos de prejuízo moral a função do dinheiro é meramente satisfatória e com ela reparam—se não completamente, mas tanto quanto possível, os danos de tal natureza.

A partir da construção do mencionado raciocínio é que se foi possível moldar a legislação, ou, pelo menos, a sua interpretação, aos poucos, caso a caso, levando o dano moral desde o seu não reconhecimento até o seu reconhecimento com possibilidade de indenização, passando pelo dano moral não indenizável.

No caso da legislação pátria, o Código Civil de 1916 trazia em seu art. 159 a possibilidade de reparação do dano, com fundamento no instituto da responsabilidade civil, no caso de se violar direito ou causar prejuízo, de modo que a cláusula era por demais aberta, sem, portanto, referir-se objetivamente somente a dano material ou somente a dano moral.

Em razão de tal imprecisão, algumas divergências doutrinárias foram expostas. Cavalieri Filho afirma que, diante de tal contexto, não seria possível depreender que o dano moral não era amparado pelo texto legal. Ainda acrescenta que o art. 76 do mesmo Código e o seu parágrafo dispunham que para propor ou contestar uma ação era suficiente o interesse moral, do que resultaria a indenizabilidade de tal interesse.<sup>37</sup> Por outro lado, Orlando Gomes, embora reconhecesse que já prevalecia a doutrina da reparabilidade do dano moral,

<sup>35</sup> JOSSERAND. **Del contratti di trasporto**, trad. Italiana de T. C. Giannini. Milão, 1926m n. 907, p. 944, *apud* SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. 3. ed. rev. ampl.. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 152, *apud* MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. São Paulo: Ltr, 2004, p. 65.

<sup>36</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. **Doutrina e prática das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 451 *apud* CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pag. 37.

<sup>37</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

afirmava que, em razão de o Código Civil de 1916 não inserir qualquer cláusula alusiva a ele, não seria possível a reparação sob o título de dano moral.

Em que pese a discussão sobre a existência de cláusula geral prevendo a reparação do dano moral, é incontroverso que o mesmo Código trazia diversos dispositivos que previa a reparabilidade do dano moral em determinados casos específicos, a exemplo dos artigos 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550, todos do Código Civil de 1916.

A Constituição Federal de 1988 foi a grande responsável por encerrar qualquer discussão e tirar qualquer dúvida à respeito da reparabilidade do dano moral pelo ordenamento jurídico pátrio.

A Carta Magna foi responsável por dar, ao dano moral, o caráter de garantia dos direitos individuais, dando ensejo ao princípio geral da reparabilidade do dano moral, trazendo, em seu art. 5º, inciso V, a garantia de que é “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e no inciso X, do mesmo artigo, a garantia de que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Oportuno destacar, também, que referido dispositivo foi alçado à condição de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta Política, de modo que não pode ser alterado com tendência a ser abolido.

Em que pese a citação, no inciso X do art. 5º citado anteriormente, apenas da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, cumpre ressaltar que a proteção do dano moral não estar limitada a tais direitos da personalidade, diante do fundamento, de ordem principiológica, emergente da interpretação sistemática do texto constitucional, que aponta para a integral reparação do dano moral em quaisquer de suas incontáveis manifestações.<sup>38</sup> Ademais, o art. 5º, inciso XXXV, do mesmo diploma legal afirma que não será excluído da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Ainda, o §2º do mesmo artigo estabelece que outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, não serão excluídos pelos direitos e garantias expressos na Constituição.

---

<sup>38</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 97.



Essa evolução do dano moral trazido pela Constituição Federal surge de maneira natural, dado que a mesma, já em seu preâmbulo, colocava como um dos guias da referida carta política, a dignidade humana, a qual seria fundamento também para o Estado Brasileiro.

Com isso, consagrou-se as posições da doutrina e da jurisprudência que vinham há tempos sendo objeto de discussões e de estudos, obrigando, inclusive, ao Código Civil então vigente, a reconhecer a reparabilidade do dano moral, em que pese alguns doutrinadores afirmarem que ele não trazia qualquer dispositivo geral justificador do dano extrapatrimonial. Também se passou a ter-se a caracterização do ilícito em decorrência da ocorrência do simples fato, ou ato violador, desde que atingida a personalidade humana, que ao direito compete resguardar.

Nesse diapasão, percebe-se que a Constituição Federal é quem resguarda, com excelência, os indivíduos de qualquer ofensa à sua personalidade, uma vez que estabeleceu o princípio fundamental de proteção à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, passando-se a proteger a pessoa como ser humano na sua amplitude conceitual: dignidade, inviolabilidade de intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Nesse sentido, destaca Caio Mario da Silva: “com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 (incisos V e X do art. 5º) o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo”<sup>39</sup>

Na sequência, o Código Civil de 2002, seguiu a mesma base principiológica da Constituição Federal de 1988, ao reconhecer, explicitamente, a figura do dano moral e a obrigação de indenizá-lo. Desta feita, o novo diploma rompeu com o individualismo presente na codificação de 1926, ao voltar-se, também, para a tutela da pessoa humana, no extenso leque de consideração da sua personalidade. Dentre os dispositivos do novo código, destaca-se, principalmente, os artigos 186 e 927<sup>40</sup>, os quais constituem os preceitos básicos da responsabilidade civil no ordenamento jurídica pátrio.

---

<sup>39</sup> SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro, 1976, p. 58 *apud* MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. São Paulo: Ltr, 2004, p. 98.

<sup>40</sup> Art. 186 do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 do Código Civil: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único: 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.

Diante do exposto, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 foi o maior responsável por termos a responsabilidade civil na forma que temos hoje, saindo de uma tutela do dano moral individualista, para aquela que se preocupa com a dignidade humana, inclusive, com a possibilidade de sua indenização, a qual não visa atingir um caráter de equivalência entre o dano e o valor, mas, sim, apenas uma satisfação.

## **4.2 Caracterização do dano moral**

Nos termos do que já se tratou anteriormente, a conceituação do dano moral enfrenta dificuldades, de modo que alguns autores preferem assumir a definição pautando-a no conceito negativo, considerando-se, pois, como dano moral o dano que não seja de índole patrimonial. Assumem esse posicionamento doutrinadores como Pontes de Miranda e Aguiar Dias, conforme já tratado no segundo tópico desse trabalho. Por outro lado, há doutrinadores, a exemplo de Yussef Cahali, que preferem definir o dano moral como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo para homem (paz, tranquilidade de espírito, liberdade individual).

Em que pese essa diferenciação no critério utilizado como ponto de partida para a definição do dano moral, é incontroverso, sobretudo após a Constituição de 1988, que o dano moral é aquele que venha a ferir direitos personalíssimos, a dignidade da pessoa humana, ou seja, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, embora esse atributo possa ser analisado como direito para uma coletividade, a exemplo da liberdade, da honra, da atividade profissional, da reputação, entre outros.

Nesse diapasão, é possível dizer que o dano moral ou extrapatrimonial consiste em uma lesão injusta em face de determinados interesses não-materiais, sem equivalência econômica, porém concebidos como valores jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna – bem-estar, intimidade, liberdade, privacidade, equilíbrio psíquico – ou externa – nome, reputação, consideração social – inerentes à personalidade do ser humano.

Diante disso, a discussão se volta agora para o que se quer proteger ao se falar na proteção dos direitos personalíssimos, levando-se em conta a sua abrangência.

Carlos Alberto Bittar defende que a pessoa deve ser considerada em seu psiquismo ou na esfera da consideração pessoal. A primeira opção apresenta-se como reagente a estímulos exteriores, com sua inteligência (esfera do conhecimento e da representação), com seus elementos ativos (esfera motora) e com seus elementos afetivos (estados agradáveis ou desagradáveis que as representações provocam). A segunda opção apresenta-se como objeto de análise ou de apreciação alheia, ou ainda, como ser suscetível de valoração social.<sup>41</sup>

Assim, os direitos inerentes à personalidade humana relacionam-se, diretamente, a condição de ser humano, devendo-se considerar suas esferas física, psíquica, moral e social, de modo que todas as situações jurídicas subjetivas que se apresentam relevantes devem ser tuteladas, não sendo cabível restrições, uma vez que se visa a amparar o valor da dignidade humana, independentemente, da maneira como ela foi atingida e, principalmente, se o dano gerado foi injusto.

Contudo, referida ausência de restrições não deve abrir espaço para que o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade sejam indenizados, tendo em vista que se poderia, de fato, gerar uma indústria do dano moral, como pregam alguns doutrinadores e o judiciário, ao falar, pejorativamente de tal dano, às vezes.

Desse modo, esse é o momento que se faz mais necessário o uso, pelos julgadores, da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Assim, só deve ser considerado como dano moral a lesão a dignidade da pessoa humana que interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, acarretando aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Esse desenvolvimento em torno do objeto do dano moral permitiu o reconhecimento cada vez mais frequente da singularidade do homem, o qual tem sua personalidade desdobrável em múltiplos sentidos, conhecimento e esferas de consideração, bem como passou a exigir que essa singularidade fosse preservada na sua integral concepção, acarretando o alargamento considerável das hipóteses

---

<sup>41</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev. atual. e amp. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47 *apud* MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: Ltr, 2004, p. 55.

de reconhecimento e proteção dos danos de essência moral<sup>42</sup>, de modo que eles não podem ser listados taxativamente em uma lista, diante da dinamicidade da sociedade e dos danos causados diariamente ao homem.

O nosso Código Civil atual absorveu o entendimento doutrinário e jurisprudencial que prevalecia a sua época e que ainda prevalece hoje ao não enumerar os direitos reconhecidos à personalidade, tendo referido-se, apenas, à alguns direitos da personalidade à exemplo do dano à vida (art. 13 e 14), ao nome (arts. 17, 18 e 19), à imagem e aural ( art. 20) e à vida privada (art. 21).

Sérgio Severo faz uma distinção entre os aspectos subjetivos e os aspectos objetivos do dano moral, justificando que há danos extrapatrimoniais que não guardam relação com a dor, a exemplo da situação em que ocorre a diminuição de prestígio ou reputação, que independe do sofrimento experimentado pela vítima.

Nesse diapasão, percebe-se que a evolução da teoria do dano moral permitiu o rompimento da ideia de que o dano moral estava vinculado aos elementos subjetivos explicitados na dor, no sofrimento e na angústia, de modo que assimilou um novo campo de ocorrência, de natureza objetiva, que se vincula à valores exteriorizados no meio social, que ensejam lesões à honra, ao bom nome, à consideração, ao prestígio e à credibilidade, enfim, à dignidade da vítima do dano.

Diante do exposto, temos que a abrangência do direito da personalidade não é capaz de ser delimitada, tendo em vista que referido termo deve abarcar qualquer conduta que venha a ferir o indivíduo em sua subjetividade, causando-lhe lesão à sua dignidade.

---

<sup>42</sup> Nesse sentido, citando Simón Carrejo, escreve Maria Helena Diniz: “Na atual linguagem jurídica, a expressão ‘direitos da personalidade’ possui um significado particular, referindo-se a alguns direitos cuja função se relaciona de modo mais direto com a pessoa humana, pois se dirigem à preservação de seus mais íntimos e imprescindíveis interesses. Com efeito, esses direitos constituem um mínimo para assegurar os valores fundamentais do sujeito de direito; sem eles, a personalidade restaria incompleta e imperfeita, e o indivíduo, submetido a incerteza no que se refere aos seus bens jurídicos fundamentais [...] Pode-se dizer que os direitos de personalidade são direitos subjetivos de caráter privado e não patrimonial, primordiais e absolutos, através dos quais o ordenamento reconhece e tutela os interesses básicos e inerentes à pessoa em si mesma considerada.” DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, *apud* MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: Ltr, 2004, p. 56.

### 4.3 Natureza da reparação do dano moral

Quando falamos em dano moral, podemos afirmar que a sua reparação possui dois fins: o primeiro visa compensar a lesão impingida à vítima, no sentido de dar-lhe satisfação, já que, diante da impossibilidade de se estabelecer uma equivalência entre a dor, o sofrimento, a aflição, não é possível ressarcir, mas, sim, é possível tão somente conceder uma satisfação ao indivíduo por meio do pagamento de uma determinada quantia; a segunda finalidade do dano moral é impor ao lesante uma sanção suficiente a fazê-lo sentir a reação do Direito diante da antijuridicidade do ato ou omissão injusta perpetrada, em medida bastante a gerar desestímulo de conduta e dissuasão de comportamentos assemelhados no seio social, como elemento de caráter preventivo. É o que direito norte americano denominou de *punitive damages*. Assim, pode-se dizer que nesse caso o dano moral possui também caráter punitivo.<sup>43</sup>

O caráter sancionatório é, no entanto, contestado por alguns no que tange à natureza do dano moral. Isso porque, caso concedida indenização no caso, esta teria caráter de pena, o que é incompatível assim com o direito privado, na medida em que não visaria a recomposição do patrimônio do ofendido. Apesar disso a jurisprudência dos nossos tribunais já tem afirmado que “o direito possui valor permutativo, podendo-se, de alguma forma, lenir a dor com a perda de um ente querido pela indenização, que representa também punição e desestímulo do ato ilícito”, o que também transparece nítido no caráter admonitório e circunstancial da carga indenizatória.<sup>44</sup> Apesar disso, a jurisprudência e a doutrina tem aderido significativamente à ideia do caráter sancionatório do dano moral culminando na Teoria do Valor do Desestímulo.

---

<sup>43</sup> Américo Luis Martins da Silva afirma que a compensação do dano moral exerce nitidamente duas funções: a de expiação e a de satisfação. Afirma ele: “A função expiatória atribui à compensação o caráter de pena, ou seja, tem por finalidade acarretar perda ao patrimônio do culpado. Em outras palavras, a compensação do lesionado tem sentido punitivo para o lesionador, que a recebe como uma pena pecuniária que provoca uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo. No entanto, a função expiatória da compensação, para muitos, não tem por objetivo apenas punir o culpado, mas faz parte de um complexo pedagógico para o desenvolvimento das relações sociais [...]. Por outro lado, a função satisfatória da compensação do dano moral diz respeito ao objetivo de proporcionar uma vantagem ao ofendido, ou seja, o pagamento da soma em dinheiro é um modo de dar satisfação à vítima [,,]. SILVA, Américo Luis Martins. **O dano moral e a sua reparação**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62 *apud* MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 72.

<sup>44</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

Referida teoria tem o fim de, quando da realização de uma conduta lesiva, responsabilizar o lesante pelo pagamento de uma soma a ser arbitrada pelo juízo a título de sanção, além do valor referente ao ressarcimento ou compensação pela conduta realizada pelo agente causador do dano.

A bem da verdade, tal entendimento é coerente com o fundamento principal da responsabilidade civil – *neminem laedere* – o qual significa não lesar ou ofender a pessoa ou o patrimônio do outro, apontando a necessidade de que na realidade não se deve deixar qualquer ofensa ou dano sem ressarcimento.<sup>45</sup> No mesmo sentido, leciona Yussef Cahali ao afirmar que o dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito, bem como que a regra *neminem laedere* insere-se no âmago da responsabilidade civil.

Seguindo o entendimento da necessidade de estabelecer um desestímulo à geração e danos também estar Carlos Alberto Bittar, o qual afirma que a indenização por danos morais deve ser em quantia que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo.<sup>46</sup>

Josserand afirma que se não estamos livres dos danos, justamente em decorrência da revolução – expressão preferida por ele ao invés de *evolução* - pela qual passamos e estamos passando, na era do automóvel, do avião, da mecanização universal não pode, logicamente, ser uma era de segurança material.

---

<sup>45</sup> “Todo ordenamento jurídico, com maior ou menor intensidade, contém, como básico, o princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais, consideradas estas, em sentido lato, o conjunto de direitos e deveres mensuráveis, ou não, economicamente, relacionados a alguém. Em consequência desse princípio, concretizado na fórmula latina do *neminem laedere*, a ninguém é dado interferir, legitimamente, na esfera jurídica alheia, sem o consentimento de seu titular ou autorização de seu titular ou autorização do ordenamento jurídico, donde haver um dever genérico, absoluto, no sentido de que cabe a todos, de não causar danos aos outros”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1995 *apud* LIMA, Diogo Lessa Clemente de. **Teoria do valor do desestímulo**. 2009. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1225](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1225)>. Acesso em: 01 out. 2014.

<sup>46</sup> “Adotada a reparação pecuniária – que, aliás é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americanos e inglês. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplar damages* da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.” BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. Teoria e Prática. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001 *apud* LIMA, Diogo Lessa Clemente de. **Teoria do valor do desestímulo**. 2009. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1225](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1225)>. Acesso em: 01 out. 2014.

Assim, apesar de não estarmos livres dos danos, devemos ter a certeza, pelo menos, de que não sofreremos impunemente as consequências da atividade alheia.<sup>47</sup> Essa é, justamente, uma das razões pela qual a sociedade passou a exigir do judiciário responsabilizações por tais atos danosos. Uma das respostas foi o dano moral, por isso o seu caráter de sanção e de reparação.

Tratando sobre esses dois fins apontados, Marton, citado por Aguiar Dias, afirma que a prevenção é o primeiro princípio, não somente da repressão penal, mas também da repressão civil. Embora pena e reparação sejam diferentes na sua estrutura interna, elas se prestam ao mesmo fim social, qual seja, a defesa da ordem jurídica, lutando contra a injustiça.<sup>48</sup> Na sequência, Dias complementa a contribuição de Marton, expondo a necessidade de se considerar, também, o princípio da restituição, que completa o da prevenção. Ambos os princípios estão no mesmo patamar, segundo Dias, de modo que são equivalentes e paralelos. Aprofunda, ainda, informando que a restituição está presente no problema da responsabilidade a dois títulos, quais sejam, no de sanção e no de interesse social da restauração do equilíbrio violado. Ao final, conclui que, no plano temporal, a prevenção, com o caráter de intimidação, visando evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto de meio relacionado ao futuro; enquanto a restituição lhe atribui um meio ligado ao passado, porque trata de restaurar. Essa estrutura é a responsável pela manutenção do equilíbrio social.<sup>49</sup>

Desta feita, percebe-se que para induzir alguém a que se abstenha da violação de um preceito, o direito o ameaça com a cominação de um mal maior do que aquele que lhe provocaria a sua observância. Essa, inclusive, é a essência da Teoria da Escolha Racional, conforme será visto adiante.

Essa natureza do dano moral, inclusive, tem sido a adotada pela jurisprudência brasileira, a qual tem, quando da condenação a esse título e do arbitramento do seu valor, considerado o caráter compensatório para a vítima e o caráter punitivo para o causador do dano.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> JOSSERRAND *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v, p. 63.

<sup>48</sup> MARTON G. Les fondements de la responsabilité civile. 1938, p. 208 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v, p. 108.

<sup>49</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v, p. 109.

<sup>50</sup> O objetivo dos danos morais é o caráter compensatório para a vítima e o caráter punitivo para o causador do dano. Este tem o escopo de demonstrar que a conduta adotada é reprovável pelo judiciário, enquanto que aquele tem o escopo de compensar o injusto dano suportado pela vítima e

Diante do exposto, a natureza do dano moral é de duas ordens, uma de ordem compensatória, a qual visa compensar a vítima, embora não na sua totalidade, do dano sofrido, bem como de ordem punitiva, a qual visa prevenir ao incentivar o agente causador do dano à não praticá-lo mais.

## **5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

### **5.1 Uma introdução à análise econômica do direito**

Quando falamos em economia, logo vem a nossa mente números, fórmulas, gráficos. De outra banda, quando falamos em direito, lembramos de leis, tribunais, poder judiciário. Diante disso, tendemos a imaginar que as duas áreas referidas são impossíveis de se misturarem. Ocorre que nos enganamos quando assim pensamos. É justamente em razão de tal diferença que as duas matérias são passíveis de se misturarem.

Enquanto o direito se encarrega de interpretar e aplicar normas, promovendo a valoração delas, o que, portanto, exalta a análise subjetiva dessas, a economia permite que as mesmas sejam analisadas de maneira objetiva. A economia busca entender as consequências de determinada norma, sua abrangência e, com esse estudo, permitir a avaliação e o aperfeiçoamento do direito.

A economia, portanto, é utilizada como instrumento para o desenvolvimento do direito com fundamento em elementos teóricos e empíricos capazes de auxiliar na identificação dos problemas sociais (diagnóstico) e as prováveis reações das pessoas a uma dada regra (prognose). Com base nessas constatações é possível o legislador opte por uma melhor regra e que o julgador opte por uma melhor interpretação.<sup>51</sup>

Desta feita, podemos dizer que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis, com fundamento na forma como os indivíduos reagem à incentivos. Além disso, a economia também fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. Isso se

---

não lhes causar o enriquecimento ilícito. Não foram, pois fixados de maneira excessiva os danos morais. Portanto, há de ser mesmo aplicada à responsabilidade civil objetiva ao presente caso.

<sup>51</sup> Introdução à Análise Econômica do Direito, Ivo Gico, p. 20



deve ao fato de as leis terem um objetivo social, o que impõe a necessidade de um instrumento capaz de prever os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência.<sup>52</sup>

A necessidade da existência desse instrumento se faz, sobretudo, em decorrência de a vontade expressada hoje nas normas positivadas terem sido completamente relativizadas, de modo que elas podem ser aplicadas com entendimentos diversos, tendo em vista a ausência de critérios empíricos falsificáveis ou pragmáticos, o que deu ensejo para a busca de critérios objetivos na aplicação do direito.

Diante disso, podemos identificar que a análise econômica do direito pode ser dividida em duas partes, as quais ficaram denominadas pela doutrina de Análise Econômica do Direito Positiva (AED positiva) e Análise Econômica do Direito Negativa (AED negativa).

A AED positiva relaciona-se ao mundo dos fatos, podendo, portanto, ser verificada e investigada por métodos científicos, permitindo compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrente dessa ou daquela regra. Por outro lado, a AED negativa relaciona-se ao mundo dos valores, de modo que não é passível de investigação empírica e, portanto, não é científico, tendo em vista o seu elevado aspecto subjetivo, permitindo a escolha, entre as alternativas possíveis, daquela mais eficiente ou do melhor arranjo institucional dado um valor. A primeira pode ser chamada também de AED descritiva e a segunda pode ser chamada também de AED normativa.<sup>53</sup>

Ademais, no que tange ao que pode ser objeto de estudo da AED, podemos dizer que é tudo que envolver escolha, portanto, todas as decisões. Isso se deve ao fato de a AED buscar, justamente, entender e estabelecer, por meios científicos, razões capazes de explicar o porquê de o ser humano ter tomado uma ou outra decisão.<sup>54</sup>

Aplicando-se a AED à responsabilidade civil podemos apresentar como problema as falhas nas relações de consumo, as quais acarretam a busca, cada vez maior, dos consumidores por uma punição dos produtores. Nesse caso, a AED deve

---

<sup>52</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 26.

<sup>53</sup> Introdução à Análise Econômica do Direito, Ivo Gico, p. 20 e 21.

<sup>54</sup> “De forma geral, os juseconomistas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada.” Introdução à Análise Econômica do Direito, Ivo Gico, p. 20

cuidar de responder se as normas jurídicas hoje existentes estão sendo capazes de inibir os fabricantes e/ou fornecedores de causarem danos aos seus clientes.

Para que seja possível a utilização da AED como instrumento para o estudo das reações do homem a cada incentivo que, no caso do direito, seriam realizados por meio das normas jurídicas, necessário faz-se que alguns pontos sejam adotados como ponto de partida.

O primeiro deles trata-se de assumir que os recursos da sociedade são escassos. Isso se faz necessário porque somente podemos dizer que haverá necessidade de decidir se houverem opções alternativas e excludentes, de modo que se uma for escolhida, a outra opção estar automaticamente excluída.

Nesse diapasão, a decisão do homem será fundamentada naquilo que lhe causar a menor onerosidade possível, ou seja, lhe causar o menor custo. Necessário destacar aqui que, quando falamos em custo, no caso em tela, não estamos, necessariamente, falando de valores monetários, mas, sim, de o que vai unir o melhor custo e o melhor benefício para o indivíduo. A doutrina denomina esse custo de *trade-off* e ou de custo de oportunidade.

No caso do dano moral, temos que ele objetiva, além de reparar o dano, punir o causador do mesmo. Desse modo, o dano moral aplicado a relação de consumo será analisado pelo produtor, fabricante ou fornecedor pelo seu custo de oportunidade. Avaliar-se-á se é mais rentável prevenir e, com isso, ter um custo maior de produção ou de manutenção do bem, bem como maior satisfação do cliente; ou se será mais viável manter o padrão do produto ou serviço e aguardar as reclamações, os processos judiciais, as condenações e a insatisfação do consumidor.

Percebe-se, com isso, que o ser humano, enquanto *homo economicus*, tende a ponderar os custos e benefícios de cada uma das opções que há à sua disposição, avaliando qual delas será mais rentável, nos mais diversos aspectos, e, posteriormente decidir. Assim, diz-se que a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora, tendo em vista que eles maximizam o próprio bem estar.<sup>55</sup>

Nesse desiderato, se o homem tem o fim de maximizar as suas decisões, tirando o maior benefício com o menor custo, ele tende a atender a incentivos, já

---

<sup>55</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 22.

que, se qualquer alteração ocorrer nos custos, automaticamente, gerar-se-á um incentivo ou um desincentivo para o homem. É assim que ocorre com o direito. As normas jurídicas visam delimitar até onde pode ir o indivíduo, o que pode ele fazer, o que atende aos anseios do bem estar da sociedade, sob pena de, essa moldura delineada pelo direito não sendo cumprida, o agente sofrer uma punição. Caso assim não ocorresse o direito não teria qualquer serventia, ele não seria capaz de obrigar os cidadãos de agir dessa ou daquela forma. O homem tende a atender à obrigações e não ao mero comportamento correto.

Na sequência, o outro ponto necessário de se firmar com o fim de permitir o estudo do comportamento do homem tendo como instrumento a análise econômica do direito, é identificar se a ação do indivíduo será tomada em um contexto hierárquico ou mercadológico.<sup>56</sup>

Tal identificação se faz necessária porque se o homem está decidindo sob uma hierarquia à qual ele deve obedecer, a sua decisão não estar sendo fundamentada em incentivos, logo não está sendo analisado o custo de oportunidade, ou seja, o melhor benefício com o menor custo. Por outro lado, caso não esteja o homem submetido à hierarquia, mas, sim, apenas à sua livre interpretação das circunstâncias (contexto mercadológico), podendo avaliar qual a alternativa que permitirá maximizar o seu bem-estar com o menor custo, aí sim estará ele apto a atender à incentivos.

Desta feita, estando o homem submetido ao contexto mercadológico, ele tenderá a realizar trocas enquanto os custos associados a cada uma delas não se igualar aos benefícios auferidos. Nesse momento, o agente terá alcançado o equilíbrio e nem ele obterá mais qualquer benefício com a realização das trocas, tampouco a outra parte. Ao atingir esse ponto, diz-se que o mercado eliminou todos os desperdícios, portanto, é eficiente.

Diante do exposto, temos que a análise econômica do direito, ao analisar as consequências de cada norma jurídica e de que forma o homem, um ser que age sob incentivos, responderá ao direito, buscando eliminar os desperdícios, tornando-se, portanto, eficiente.

---

<sup>56</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 23.

## 5.2 Teoria da Escolha Racional

Nos termos do que já foi anteriormente tratado, o homem tende a maximizar o seu bem-estar, escolhendo, dentre as alternativas que há a sua disposição, aquela que possua o menor custo e lhe dê o melhor benefício. Trata-se da análise do custo de oportunidade de cada uma das alternativas ao seu dispor. Tal fato implicou no surgimento da Teoria da Escolha Racional.

Dizer que a escolha é racional, implica, para os juseconomistas, em analisa-la de três formas diversas e complementares.<sup>57</sup>

A primeira delas afirma que, sendo o homem racional, significa que ele possui um gosto específico, denominado preferência. Assim, cada indivíduo possui suas próprias preferências, as quais não são objeto de valoração pela economia, vez que ela tem o objetivo de entender os meios que as pessoas utilizam para alcançarem o seu fim e não sobre os fins que elas buscam.

A segunda forma de se analisar a racionalidade é que cada indivíduo atribui uma utilidade a cada uma das alternativas que estão a sua disposição, de modo que, quando ele necessitar decidir por uma delas, ele irá escolher a que melhor lhe trouxer utilidade. Quando se fala em utilidade, nesse contexto, ela estar relacionada à satisfação do indivíduo, de modo que afirmar que o indivíduo tende a decidir pela alternativa que lhe proporcionar a melhor utilidade, está-se dizendo que ele busca aquela alternativa que lhe traz mais satisfação. Contudo, ele sopesa a satisfação com o custo, em razão do seu instinto maximizador.

A terceira forma de expressão da racionalidade, é que as pessoas procuram sempre obter ganhos, benefícios. Para tanto, os indivíduos sempre que necessitarem realizar uma escolha, eles analisarão qual será o custo de desenvolvimento de uma e de outra alternativa e projetará o benefício de cada uma delas. Após, ele escolherá aquela que lhe traga mais benefícios. É o que denomina-se de escolha marginal.

Diante disso, temos que o indivíduo, quando da necessidade de tomar suas decisões, ele analisará esses três aspectos, sua preferência, a utilidade e, por fim, os benefícios. Por óbvio, não serão todas as decisões que o homem irá tomar que ele observará esses aspectos. De fato, há decisões simples do dia a dia que, por

---

<sup>57</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012., p. 25

não proporcionarem tanta ou nenhuma diferença entre as alternativas, o indivíduo não analisará todos os aspectos de cada uma das opções antes de decidir. Contudo, referida análise ocorre em uma quantidade substancial de decisões, vez que é do instinto do próprio homem agir racionalmente, com o fim de maximizar suas atividades. Nessas oportunidade, o homem deixa agir o instinto do *homo economicus*, o qual busca sempre a satisfação do seu interesse particular.

Assim, o empresário objetivará sempre maximizar os seus lucros, o consumidor buscará maximizar a felicidade ou satisfação, o fisco buscará sempre maximizar a sua arrecadação, o cidadão, buscará atender as regras expostas pelo direito, sob pena de punição, no caso do não cumprimento.

Ademais, essa função utilidade estar associada às restrições às quais o indivíduo estar sujeito. Isso porque as alternativas variam conforme as restrições que são impostas ao indivíduo. Por exemplo, o consumidor racional classifica as alternativas de acordo com o quanto elas lhe dão o que ele quer. Isso é o que os economistas denominam de função utilidade e as restrições na escolha são denominadas de restrições de viabilidade. Desse modo, escolher a melhor alternativa que as restrições lhe permitem corresponde a maximizar a função de utilidade dependendo da restrição de viabilidade.<sup>58</sup>

A maximização também estar relacionada com o equilíbrio, uma vez que sendo o comportamento de todo indivíduo maximizador de algo, ele tende a impelir os indivíduos e grupos a um ponto de repouso, ou seja, ao equilíbrio. O equilíbrio não é o objetivo principal da maximização, mas é sim uma consequência natural da busca por ela. Além disso, o equilíbrio é também a regra, segundo, Robert Cooter, de modo que ele persiste a menos que seja perturbado por forças externas.<sup>59</sup> Segundo Fillipe Rodrigues a premissa na qual se baseiam os economistas é a de que as interações, alheias a interferências externas, costumam tender ao equilíbrio, independente se inseridas no mercado lícito, ilícito, em eleições, jogos ou até mesmo em casamentos.<sup>60</sup>

Na sequência, oportuno destacar a conceituação de eficiência, a qual, podemos assim dizer, resume a Teoria da Escolha Racional. A definição de

---

<sup>58</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37.

<sup>59</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37.

<sup>60</sup> RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 64.

eficiência mais destacada é a denominada eficiência de Pareto, às vezes denominada eficiência alocativa. Referida conceituação de eficiência afirma que uma determinada situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente quando é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (também em sua própria opinião). A título exemplificativo, conforme propõe Robert Cooter e Thomas Ullen, suponhamos que exista apenas dois consumidores, a saber Smith e Jones, e dois bens, guarda-chuvas e pão, os quais são distribuídos entre eles inicialmente aleatoriamente. Sob esse cenário, os referidos autores questionam se essa conjuntura é Pareto eficiente, ao que respondem que sim, desde que seja impossível realocar o pão e o guarda-chuvas de modo a deixar ou Smith ou Jones em situação melhor sem deixar o outro em situação pior.<sup>61</sup>

Nesse diapasão, percebe-se que o indivíduo está frequentemente na busca por maximizar as suas decisões, conforme defende a Teoria da Escolha Racional, buscando atingir a eficiência em suas decisões, e a utilidade em conformidade com as restrições que lhe são impostas.

### 5.3 Falhas de Mercado

O equilíbrio do mercado é o ponto, em termos de bem-estar, que a economia deseja alcançar, contudo, o comportamento do indivíduo maximizador está sujeito à algumas variações, as quais podem impedir que tal ponto seja alcançado em um mercado. Essas variações são denominadas de falhas de mercado e as mais comumente encontradas são: (a) monopólio e poder de mercado, (b) bens públicos, (c) assimetrias informacionais e externalidades.

O monopólio trata-se, essencialmente, de um mecanismo encontrado pelas empresas de concentrarem a produção na mão de uma determinada pessoa ou grupo específico, de modo que seja possível o controle do valor da mercadoria. Podemos dizer, em uma forma simplificada, que quando não há concorrência é porque há monopólio. Desta feita, o poder público deve intervir por meio de políticas com o fim de ou substituir o monopólio pela concorrência ou regulamentar o preço

---

<sup>61</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38.

cobrado pelo monopolista.<sup>62</sup> Essa última opção é a única possível no caso de monopólios naturais, a exemplo dos serviços prestados pelas concessionárias públicas.

No que tange aos bens públicos como exemplo de falha de mercado é que o bem público ao ser consumido por um indivíduo não deixará menos para qualquer outro, ou seja, consumo do bem por um consumidor não implicará a redução da disponibilidade do mesmo bem para um outro indivíduo. O bem público, mesmo quando consumido estará disponível para outra pessoa na mesma quantidade. Outra característica dos bens públicos é que o custo de exclusão de beneficiários não pagantes que, ainda assim, consomem o bem, é tão alto que nenhuma empresa privada maximizadora de lucros está disposta a fornecer o bem.<sup>63</sup>

O terceiro exemplo de falha de mercado capaz de ser citado são as assimetrias informacionais graves, que consiste em um desequilíbrio de informações grave entre as partes envolvidas na troca, a ponto de impedir a troca. Isto é, a assimetria informacional ocorre quando o vendedor sabe mais sobre o produto do que o comprador, ou vice-versa. Em algumas das situações que tal falha ocorre, ela pode ser sanada por meio da troca voluntária, por exemplo, o vendedor oferecendo uma garantia para assegurar a qualidade do produto por ele vendido. Ocorre que as assimetrias graves podem desorganizar os mercados a ponto de que a solução não seja alcançada apenas pela troca voluntária. Nessas situações, a correção do problema poderá ocorrer por meio da intervenção estatal, a qual poderá exigir dos vendedores, por mecanismos diversos, a exemplo do direito, tal ato, sob pena de uma punição determinada no caso de descumprimento.<sup>64</sup> Se essa correção ocorrer por meio do direito, um dos mecanismos existentes é, justamente, a determinação de o indivíduo agir de determinado modo, sob pena de, assim não ocorrendo, e um dano ser gerado, o mesmo ser responsabilizado pelo pagamento de dano moral e dano material.

O quarto exemplo são as externalidades, as quais consistem em custos ou benefícios acidentais auferidos por terceiros em função de uma ação individual, os quais não foram internalizados pelo agente de fato envolvido na atividade

---

<sup>62</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 61.

<sup>63</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 63.

<sup>64</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 64.

causadora. Quando a externalidade for representar custos, diremos que se trata de uma externalidade negativa. De outro bordo, se representar benefícios, diremos que se trata de uma externalidade positiva. Com o fim de exemplificar o caso, Fillipe Azevedo Rodrigues afirma que uma externalidade negativa bastante lembrada é a poluição, uma vez que, uma atividade industrial, na qual apenas custos privados de produção são internalizados, não se considera os elevados custos sociais decorrentes dos resíduos poluentes que a indústria libera no meio ambiente. Já a externalidade positiva ocorrerá, por exemplo, quando o desenvolvimento de medicamento mais eficaz no combate ao vírus HIV, por um laboratório privado, gerar benefícios mercadológicos e sociais à todos os concorrentes farmacêuticos e consumidores no mercado brasileiro, em função da quebra de patentes e da política de genéricos. Nesse diapasão, vê-se que os benefícios do laboratório privado foram externalizados como benefícios sociais e privados de terceiros.<sup>65</sup>

Outros exemplos de externalidades negativas é a qualidade de diversos produtos vendidos no mercado e a prestação de serviços por empresas privadas, as quais têm apenas os custos de produção internalizados, não se levando em conta os danos sociais gerados, com base na responsabilidade civil, em face da baixa qualidade tanto dos produtos, quanto dos serviços prestados.

Nesse diapasão, em que pese tais variações comportamentais do mercado, o padrão dos modelos econômicos continuam a ser bem sucedidos, assim como ocorre com a física, a qual desenvolve os seus modelos nas CNTPs. Assim, a Teoria da Escolha Racional e a do *homo economicus* não perdem o seu valor pela mera existência de tais desvios. Em que pese eles existirem, é possível sim se detectar um comportamento padrão que facilita a previsão do comportamento humano.

## **6 DANO MORAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Até o momento, o presente trabalho se preocupou em, inicialmente, demonstrar os fundamentos históricos da responsabilidade civil, com o fim de comprovar a verdadeira razão de o referido instituto hoje ser tão discutido e tão pleiteado por meio de demandas judiciais, a partir de uma análise do seu

---

<sup>65</sup> RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 67.



desenvolvimento, inclusive tecendo comentários sobre a evolução da preponderância da responsabilidade civil subjetiva para a responsabilidade civil objetiva, além de tratar sobre o referido instituto como forma de imposição do próprio direito.

Na sequência, foi tratado sobre a distinção entre dano patrimonial e dano moral, a bifurcação presente na responsabilidade civil, tendo em vista a possibilidade de se responsabilizar alguém com base apenas na exata medida do dano causado patrimonialmente, bem como a possibilidade de se responsabilizar com base no dano a subjetividade do homem, nos termos do que já foi tratado. Explicada essa diferenciação, alguns comentários foram realizados a respeito do dano moral, a saber, sua proteção no ordenamento jurídico pátrio, a sua caracterização e suas funções. Tais abordagens se fizeram necessárias com o fim de demonstrar a que se presta a responsabilidade e as razões de as discussões em torno do tema dano moral estarem no estágio que hoje estão. Somente com esse estudo é possível reconhecer o verdadeiro papel do dano moral no ordenamento jurídico e a sua necessidade, bem como onde ele realmente deve ser pleiteado.

Posteriormente, o trabalho se prestou a tecer comentários sobre a análise econômica do direito com o fim de facilitar o seu entendimento, bem como sobre a Teoria da Escolha Racional e as falhas de mercado, as duas temáticas dentro da AED fundamentos para esse trabalho, tendo em vista a necessidade de se analisar o comportamento padrão do homem frente a determinadas situações, bem como as variações presentes nesse comportamento padrão, onde, justamente, a responsabilização pelo dano moral causado entra como um dos meios estabelecidos pelo direito como forma de corrigir a falha.

Nesse diapasão, necessário faz-se agora fazer a junção desses dois temas, dano moral e análise econômica do direito, com o fim de demonstrar que, embora se pregue o discurso da indústria do dano moral, bem como de sua banalização, eles não merecem prosperar, com fundamento tanto na própria responsabilidade construída historicamente pelo dano moral, o que dar a ele hoje uma grande carga, bem como em fundamentos econômicos, já que o *homo economicus*, segunda a Teoria da Escolha Racional age por incentivos.

Pois bem. A expressão indústria do dano moral já vem há algum tempo sendo utilizada com o fim de justificar o indeferimento do pagamento de indenização sob o referido título sem, contudo, se atentar que, na verdade, há também uma indústria

de acinte e desrespeito ao consumidor<sup>66</sup>. O acórdão da Apelação 101.697-4/0-00, 1ª Câmara do TJSP, que teve como relator o desembargador Elliot Akel, assim descreve a visão da banalização do dano moral:

Vivemos período marcado por aquilo que se pode denominar de banalização do dano moral. Notícias divulgadas pela mídia, muitas vezes com estardalhaço, a respeito de ressarcimentos milionários por alegado dano moral, concedidos por juízes no país e no exterior, acabam por influenciar as pessoas, que acabam por crer na possibilidade de virem a receber polpudas indenizações por aquilo que, a rigor, menos que dano moral, não constitui mais que simples aborrecimento.<sup>67</sup>

De fato, diante da perspectiva de se ganhar dinheiro de uma maneira mais fácil, pode ser que o indivíduo se sinta instigado a ingressar com ações judiciais com fundamento em qualquer aborrecimento do dia a dia. Em que pese isso, cabe aos tribunais fazerem o controle de quando realmente ocorre o dano moral a ponto de ensejar o pagamento de uma indenização, e quando isso não ocorre. A indústria do dano moral, no sentido pejorativo, a ponto de causar enriquecimento ilícito, somente existirá caso haja condenações desenfreadas, sem um fundamento sólido. Por outro lado, caso elas estejam dentro da previsibilidade das planilhas de custos das empresas, já que elas tendem otimizar os seus ganhos, tal indústria não existirá.

Conforme já afirmado anteriormente, a responsabilidade civil se desenvolveu como uma exigência da própria dinâmica da sociedade e da produção em massa das indústrias, sobretudo, após a segunda revolução industrial, o que foi acompanhado pela produção em massa também de danos. Paralelamente, também houve o desenvolvimento do dano moral, o qual passou da fase de sua inexistência, para, posteriormente, ser reconhecido, contudo, sem poder ser indenizado e, por

---

<sup>66</sup> [...] Por tudo isso, verificam-se os danos morais indenizáveis, tendo em vista que eles derivam da própria conduta ilícita da empresa recorrente ao efetuar cobrança indevida de serviço não contratado, desfalcando o autor de recursos necessários a sua subsistência. Nem se diga, aqui, em indústria dos danos morais, "isso porque pior do que a chamada indústria do dano moral é a indústria de acinte e desrespeito ao consumidor. O valor do dano deve recompensar a ofensa sofrida e, ainda, ter a função pedagógica de impedir a reincidência" (AC n. 2005.030917-8, Rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, DJ de 7-8-2009).

[...]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1404933, Sc. Recorrente: B2W Companhia Global do Varejo. Recorrida: Anita Fronza. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 24 de setembro de 2014. **Diário da Justiça**. Brasília, 01 out. 2014.

<sup>67</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 101.697-4/0-00. Apelante: Liberty Paulista Seguros. Apelado: Eiko Tsukide. Relator: Desembargador Nestor Duarte. São Paulo, SP, 17 de maio de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, 10 jun. 2010.

fim, além de ser reconhecido, ser também indenizado, inclusive, sendo acumulando com o dano material.

Ocorre que diante da subjetividade que cerca o dano moral, tendo em vista a sua caracterização depender de uma análise subjetiva do caso, tal circunstância permite a construção de um discurso pejorativo da indústria do dano moral e de sua banalização de uma forma mais fácil, já que não há critérios objetivos para determinar a sua ocorrência, logo, torna-se subjetiva também a sua desconstrução.

Apesar disso, com fundamento na Teoria da Escolha Racional e na ideia do *homo economicus*, é possível se depreender que se, de fato, houvesse uma indústria do dano moral, no seu sentido pejorativo, de modo que estivesse causando prejuízos sem fim às empresas, as mesmas já teriam se sentido incentivadas a modificar o seu padrão de comportamento, ou seja, a sua linha de produção e de prestação de serviços.

Antes de adentrar na discussão de tal Teoria, cumpre destacar, inicialmente, em qual falha de mercado a reparação pelo dano moral se enquadra. Temos que em aspectos dos modelos de mercado, podemos dizer que a reparação por meio do dano moral decorre de uma externalidade, já anteriormente conceituada, na espécie negativa já que ela gera custos. Trata-se de uma externalidade em razão de ser um custo gerado por uma parte da relação comercial e ser absorvido por uma outra, ao invés de a precaução ser internalizada pelo agente causador e é negativa porque gera um custo e não um benefício. A ocorrência desses custos externos faz com que o interesse próprio do produtor, fornecedor, ou prestador divirja da eficiência social, o que abre margem para a postulação de uma ação jurídica corretiva por parte das vítimas.<sup>68</sup>

Essa ação jurídica corretiva pode acarretar a condenação em danos morais, tendo em vista que a necessidade de reparação de tais danos, por ser uma obrigação secundária, atua como o mecanismo mais utilizado atualmente pelo direito, juntamente com a condenação em danos materiais, como forma de incentivar as partes a cumprirem a obrigação primária. Assim, as partes sabem que, caso não cumpram a obrigação principal, serão obrigadas a arcarem com outra obrigação, como é o caso do dano moral.

---

<sup>68</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 231.

Ocorre que o valor da condenação em danos materiais é no exato limite da perda de patrimônio gerada, o que, na verdade, não implica em uma punição para o agente causador do dano. Implica, sim, tão somente, na restauração do *status quo ante*, o que não enseja discussões acalouradas da doutrina e da jurisprudência. Afinal, se duas partes firmaram um contrato entre si e alguma delas não cumpriu, o mínimo que se pode fazer é a devolução das quantias pagas ou, ainda, a restituição de valores gastos em razão do dano gerado, com o fim de serem restituídas todas as condições anteriores ao firmamento do contrato. Por outro lado, os danos morais, além do fim de reparar o dano, ele tem também o fim de reprimir aquele tipo de conduta pelo agente causador, ou seja, a condenação em dano moral, sim, terá o efetivo objetivo de punir referido agente, cumpridos, claro, os requisitos exigidos para o reconhecimento da ocorrência de tal dano, prevenindo, com isso, que o dano não venha a ser gerado novamente.

De fato, alguns economistas já têm afirmado a necessidade de estabelecimento de punição dos agentes causadores de dano, ao invés da condenação dos mesmos apenas na restituição do *status quo ante*, ressarcindo, apenas, na exata medida da redução patrimonial ocorrida. Uma das razões para tal fato é que quando a devolução é perfeita, o autor da lesão é indiferente entre fazer o que é certo, por um lado, ou agir mal e pagar uma indenização restitutiva, por outro.<sup>69</sup> Assim, quando a responsabilidade civil é a única preocupação do promitente com relação à quebra da promessa, ele a cumprirá quando isso custar menos do que a responsabilidade civil pela quebra e a quebrará quando o cumprimento custar mais do que a responsabilidade civil pela quebra.<sup>70</sup> Tal constatação comprova a necessidade do pagamento de uma indenização superior as exigências para o ressarcimento, tendo em vista que o *homo economicus* tende a agir sob a influência de incentivos.

Diante disso, percebe-se que é necessário induzir os produtores e prestadores de serviço, por meio do direito, se aproveitando do indivíduo maximizador, para reduzir os danos causados aos consumidores. Assim, faz-se necessário arbitrar uma indenização capaz de induzir o agente causador do dano a internalizar, ou seja, assumir todos os custos e benefícios da precaução, o que lhe

---

<sup>69</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 260.

<sup>70</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 214.

dará incentivos para tomar precauções eficientes. Caso tal fato não ocorra, a produção de danos será cada vez mais recorrente, já que os produtores, os fornecedores e prestadores de serviço perceberão que não há qualquer responsabilização no caso de ele não prevenir a ocorrência de danos ou mesmo que o valor dessa responsabilização não é motivo para que se eleve os custos com precaução.

Conforme leciona Robert Cooter e Thomas Ulen, o mercado falha quando custos externos são gerados e o gerador dessa externalidade não precisa pagar pelo prejuízo causado a terceiro, o que acarreta o exercício de muito pouco autodomínio.<sup>71</sup> De fato, a ausência de responsabilização não dá, ao autor do dano, incentivos para tomar precauções, haja vista que na ausência de responsabilização, o autor do dano fica indiferente entre um acidente e a ausência de acidente.<sup>72</sup>

Tal fato ocorre também quando a responsabilização ocorre em valor inferior ao do custo para se promover a precaução. Desta feita, no caso de os tribunais não serem capazes de fazerem uma estimativa exata do dano e deixar de fixar uma indenização perfeita, o ressarcimento arbitrado poderá ser aquém desta, o que incentivará o autor do dano eventualmente gerado a não tomar precauções eficientes capazes de evitá-lo.

Percebe-se, portanto, que o *homo economicus*, por tender a maximizar seus ganhos, visa encontrar um ponto de equilíbrio entre os custos com a precaução e os custos decorrentes de uma eventual condenação no ressarcimento do dano. Com isso, o agente causador do dano não tem o objetivo de evitar a ocorrência de danos, mas, sim, de diminuir os seus custos ao menor nível possível, alcançando o ponto de eficiência dos seus investimentos. Ou seja, a análise econômica ressalta a necessidade de sopesamento do dano de um lado e dos custos de precaução do outro, para se obter uma decisão eficiente.<sup>73</sup>

Assim, caso o agente causador perceba que está adotando medidas preventivas que tem acarretado condenações de indenização em razão do dano em valores superiores ao de precaução, o *homo economicus*, enquanto indivíduo que age por incentivos, irá aumentar os investimentos em precaução e,

---

<sup>71</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 61.

<sup>72</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 336.

<sup>73</sup> PORTO, Antônio José Maristello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 183.

consequentemente, diminuirá a geração de danos. Por outro lado, caso esteja sendo mais custoso promover a precaução, o agente causador do dano reduzirá os investimentos com esse fim, de modo que, consequentemente, a ocorrência de danos aumentará, contudo, economicamente, ainda será viável ao agente manter tal nível de investimento, já que ele alcançou o nível eficiente de investimentos, haja vista que os custos com precaução e com o pagamento de indenizações se tornaram equivalentes.<sup>74</sup>

Nesse quadro, percebe-se que, ainda que seja encontrado um ponto ótimo no gráfico envolvendo custos de precaução e custos de pagamento de indenização, continuará a existir, de toda forma, no mesmo, uma área em que os danos não serão prevenidos. O produtor, o fornecedor e o prestador do serviço chancelarão a continuidade da geração de danos, haja vista que o custo com a precaução se tornou tão elevado que não seria mais viável para o empresário continuar a investir nela. Dessa forma, sempre existirá a geração de dano dentro, claro, da margem que não seja incrementar os investimentos em precaução.

Conforme dados do SINDEC – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – extraídos do seu Boletim, o qual consolida os dados de atendimentos dos PROCONs de todo o país, referente ao ano de 2012, o assunto mais demandado em 2012 foi o de telefonia celular, tendo sido registrado um total de 172.119 reclamações. Oportuno destacar que no ano anterior, 2011, a mesma temática havia ocupado o 2º lugar no ranking do maior número de reclamações. Analisando-se o ranking do site de reclamações realizadas por consumidores, ReclameAQUI, considerando-se a lista das empresas mais reclamadas nos últimos 12 meses, percebe-se que as empresas de telefonia ocupam os quatro primeiros lugares, somando, no total, 251.582 reclamações no referido período.

---

<sup>74</sup> Antônio José Maristrello Porto apresenta uma exemplificação bastante simplificada que pode facilitar o entendimento: “Considere o seguinte exemplo. As chances de um motorista A, ao realizar uma curva, bater no carro de B, que se encontra estacionado na rua, são reduzidas pela metade caso A diminua em 20 km/h a velocidade com a qual conduz seu veículo ao passar pela curva. A uma dada velocidade inicial, a probabilidade do motorista A causar um dano de R\$ 20.000,00 a B é de 01,%. Caso A reduza a velocidade, a probabilidade de ocorrência do dano cai para 0,05%. Desta forma, o dano esperado inicial é de R\$ 20,00 (R\$ 20.000,00 x 0,1%), e é reduzido para R\$ 10,00 (R\$ 20.000,00 x 0,05%) com a adoção desta medida de precaução, o que gera um benefício marginal de R\$ 10,00 para B. Caso o custo em que A incorre para adotar esta medida (reduzir a velocidade) seja inferior a R\$ 10,00, digamos R\$ 5,00, a medida será eficiente. Ao adotar uma medida que lhe custa apenas R\$ 5,00, A gera um benefício de R\$ 10,00 para B.” PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 183.

Ainda, o mesmo boletim do SINDEC expõe que tanto ao longo do ano de 2011, como ao longo do ano de 2012, as principais reclamações envolviam problemas com cobrança e problemas com oferta que, juntas, resultam em quase 55% das reclamações realizadas. Oportuno destacar que as reclamações sobre cobranças envolvem uma vasta gama de situações, desde a falta de informações adequadas sobre valores até inclusões indevidas e cobranças duplicadas.

Por ser as telefônicas as mais reclamadas perante órgãos de defesa do consumidor, um levantamento foi feito por meio do sistema PROJUDI – sistema utilizado no estado do Rio Grande do Norte pelos juizados especiais – com o fim de fazer uma análise do impacto sobre a empresa Telemar em decorrência de processos envolvendo o pleito de Dano Moral. Para tanto, no campo *parte*, na área de busca processual, foi escrito o nome da empresa referida e no campo *data da distribuição do processo* foi selecionado o período entre 01/01/2012 e 31/12/2013. A pesquisa foi realizada no dia 14/10/2014. Sob essas condições, o sistema apresentou 1684 processos, todos constando a citada empresa no polo passivo, dos quais foram analisados 336 processos, portanto, 20% (vinte por cento) do total de processos encontrados, com o fim de permitir se chegar à algumas conclusões por meio de amostragem.

Dentre os processos analisados, 60 deles foram ou julgados improcedentes ou extintos por desistência da parte ou por indeferimento da inicial, portanto, um percentual de 17,8%; outros 82 processos foram julgados procedentes, contudo, não houve condenação em dano moral, representando um percentual de 24,4%. São essas as duas condições nas quais a empresa Telemar não sofreu qualquer condenação em dano moral, somando as duas totaliza-se 42,2%. Portanto, percebe-se que, apenas com tais casos, a empresa já elimina quase metade de possíveis condenações.

Além disso, de todos os processos analisados, 135 deles foram solucionados por meio de acordo, totalizando 40,2%. Oportuno destacar que, dentre os processos que foram solucionados por meio de composição entre as partes, 62 deles não tiveram condenação em dano moral, o que representa 46% deles, enquanto que, dentre os julgados, 63% deles houveram condenações. Portanto, percebe-se que a realização de acordos é um possível meio de controle, pelas empresas, de controlar o valor das condenações e até mesmo o valor delas, vez que os valores pagos a

título de danos morais por meio de acordo foram mais baixos que os pagos por determinação judicial.

A partir de tais dados duas conclusões podemos tirar. Uma das conclusões é que a correção das externalidades negativas pela responsabilidade civil não têm sido capaz de atingir o seu objetivo, haja vista que, como comprovado, as mesmas empresas são reincidentes ano a ano, mantendo números próximos de reclamações, o que implica na constatação de que nenhuma medida tem sido adotada por elas para evitar a geração de danos. Como nenhuma medida estar sendo adotada ou, se tem sido adotada, o tem apenas para manter números semelhantes de reclamações, considerando-se a Teoria da Escolha Racional, bem como o *homo economicus*, o qual objetiva maximizar os seus ganhos, somente pode-se concluir que os investimentos com precaução da ocorrência de danos alcançou o ponto de eficiência, ou seja, ele chegou ao ponto em que não é mais rentável aos produtores, fornecedores e prestadores de serviço continuarem a investir em precaução, haja vista que os custos com esse fim e os custos com o pagamento de indenizações estão em equilíbrio, de modo que não é viável economicamente aumentar a alocação de valores com o fim de intensificar a precaução. A possibilidade de equilíbrio das condenações está evidente, por exemplo, na pesquisa demonstrada relacionada a empresa Telemar, onde percebe-se que a empresa faz uso dos acordos para controlar os valores das condenações.

Desta feita, deduz-se que os produtores, fornecedores e prestadores alcançaram um ponto ótimo de investimentos com precaução. Assim, tendo tal fato ocorrido, os valores decorrentes de condenações em responsabilidade civil pelo poder judiciário não estão alimentando uma indústria, mas, sim, estão sendo no exato limite do que o mercado econômico calcula como sendo capaz de atingir o ponto de equilíbrio entre investimento com precaução e alocação de recursos para o pagamento de condenações.

Impende destacar, ainda, que, caso o valor das condenações aumente, tenderá o mercado a investir mais em precauções. Por outro lado, caso o valor das condenações diminuam, tenderá o mercado a investir menos em precauções. É a própria intuição do *homo economicus* que o leva a investir mais ou menos, de modo a maximizar o máximo possível os seus ganhos.

Diante do exposto, de fato, não há uma indústria do dano moral, vez que o mercado age por incentivos e buscará, sempre, um equilíbrio entre o custo de



precaução e o custo de pagamento de condenações de modo a alcançar o lucro máximo. De fato, pode até haver um número excessivo de pleitos de condenação em danos morais, contudo, o poder judiciário tem se incumbido de fazer o controle de tais condenações, de modo que elas têm atendido ao planejado pelo mercado.

## 7 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, desde a segunda revolução industrial vem experimentando alterações significativas no seu campo de atuação, diante das dinâmicas da sociedade, sobretudo as ocorridas durante o século XX, as quais resultaram na massificação da produção de danos. Sendo o dano moral uma das espécies de tal instituto, não poderia ter ocorrido diferente com ele.

Desta feita, o dano moral foi e ainda é objeto de grandes discussões, dado que, diante do caráter subjetivo que lhe é inerente, há uma forte tentativa de desconstruí-lo, tanto por parte daqueles que geralmente praticam tais danos, bem como por meio de parte da doutrina e da jurisprudência, os quais fazem uso, em sentido pejorativo, da expressão *indústria do dano moral*.

Apesar de tal tentativa, as discussões em torno do dano moral têm avançado e já tem alcançado conquistas importantes como é o caso da conceituação do mesmo. Hodiernamente, não paira mais dúvidas quanto ao conceito do dano moral, sabendo-se que está solidificada a sua conceituação como o dano que ataca a dignidade da pessoa humana.

Outro ponto incontroverso é que o dano moral tem como fim principal a satisfação dos danos sofridos pelo ofendido e não uma equivalência, dado que não é possível se medir a dor sofrida por alguém que teve a sua dignidade atingida. Assim, a sua reparação em pecúnia tem um fim apenas satisfativo.

Por outro lado, está o caráter punitivo do dano moral, o qual, diferente do caráter anterior, ainda enseja discussões, contudo, parte da doutrina o tem aceitado, bem como da jurisprudência. Segundo esse caráter, o dano moral, quando do cálculo do valor para se alcançar uma satisfação, à este valor deve ser incorporado um adicional, o qual caracteriza-se como punição a ser paga pelo ofensor. O debate ainda é intenso, merecendo, portanto, estudos por mais tempo, contudo, em que pese isso, o presente trabalho coloca-o sim como já sendo, de fato, um das características do dano moral.

Assim, percebe-se que tem tido um avanço significativo nas discussões em torno do dano moral, o qual, pouco a pouco, tem amadurecido e encontrado bases sólidas, iniciando-se da sua conceituação e da estipulação das suas facetas. Portanto, a própria evolução das discussões em torno do dano moral já demonstra

que não há uma indústria a ele relacionada, dado que o debate tem intensificado o seu substrato, dando-lhe força.

Para fortalecer ainda mais esse debate, necessário fazer uso da Análise Econômica do Direito – AED. Com fundamento na Teoria da Escolha Racional, segundo a qual, o homem só age por impulsos, bem como que ele tem o fim sempre de maximizar os seus ganhos, percebe-se que ele investirá mais ou menos na precaução da geração de danos a depender do custo da reparação. Assim, o homem tende a procurar um ponto ótimo, um equilíbrio, onde o investimento em precaução seja equivalente à soma das condenações que visam reparar o dano.

Nesse contexto, se o homem continua a gerar tantos danos, quer dizer que ele não tem se sentido estimulado à evita-los, ou seja, a investir em precaução, mas, sim, tem sido mais vantajoso pagar as condenações.

Tais discussões são bastante iniciais, tomando por base o vasto campo de debate que envolve o dano moral e a tentativa de lhe dar bases com cada vez mais substrato, bem como a possibilidade de se aprofundar os estudos fazendo-se uso dos meios fornecidos pela AED. Apesar disso, são importantes para trilharem um caminho a ser seguido, para delimitar por onde as discussões podem avançar.

Ante todo o exposto nesse trabalho, percebe-se que a indústria do dano moral é uma construção fantasiosa a qual tem o fim de agradar tão somente aos produtores, fornecedores e prestadores de serviços, os quais podem, com base nesse argumento, se verem livres de dezenas, centenas e até milhares de condenações em dano moral. Além disso, é negar toda a construção histórica de tal dano, como exigência da própria sociedade, a sua desconstrução com fundamento em argumento tão pífio e eivado de subjetividade.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1404933, Sc. Recorrente: B2W Companhia Global do Varejo. Recorrida: Anita Fronza. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 24 de setembro de 2014. **Diário da Justiça**. Brasília, 01 out. 2014.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. 2 v.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 17-26.
- \_\_\_\_\_. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-31.
- LIMA, Diogo Lessa Clemente de. **Teoria do valor do desestímulo**. 2009. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1225](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1225)>. Acesso em: 01 out. 2014.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Ltr, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito. Julho – Dezembro 2006, nº 29.
- ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da. A quantificação do dano moral no direito brasileiro: até quando conviver com essa indefinição. **Revista Jurídica Inverbis: Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, Natal, jan./jun. 2012, nº 31. Semestral.