

AS RECENTES CARACTERIZAÇÕES DO DANO MORAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *pretium doloris* ou *prejuízo in re ipsa*?

Gilberto Fachetti Silvestre¹



Bruna Figueira Marchiori²

Palavras-Chave

Dano moral / Direitos da personalidade / *Pretium doloris* / Dano *in re ipsa* / Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A caracterização do dano moral na literatura jurídica: visão geral. 3. Pesquisa de julgados no Superior Tribunal de Justiça. 4. Conclusão. 5. Referências

Resumo

Apesar de ser um conceito amplamente conhecido, os requisitos para a configuração do dano moral em casos concretos continuam sendo controversos na literatura jurídica, no foro e nos tribunais. Na caracterização do dano moral e na fixação da sua compensação pecuniária (o *quantum*) há a influência de três pontos de vista: um que entende que dano moral é caracterizado pelo sofrimento (*pretium doloris*), outro que vê o dano como lesão a direito da personalidade e uma terceira corrente teórica que entende que o dano moral é presumível e deve-se comprovar o evento danoso e não os sentimentos ruins da vítima (*in re ipsa*). Mostrou-se, assim, necessário e útil, verificar como a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça compreende esses requisitos. Para atingir o fim proposto, a pesquisa adotou a metodologia de revisão sistemática da jurisprudência, especificamente recorrendo à análise estatística dos julgados no âmbito das turmas do STJ.

¹ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador dos Grupos de Pesquisa "Desafios do Processo" e "Medicina Defensiva"; Advogado. www.desafiosdoprocesso.ufes.br. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>.

² Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq); Bolsista de Iniciação à Docência da UFES.



THE RECENT CHARACTERIZATIONS OF MORAL DAMAGE IN THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: *pretium doloris* or *prejudice in re ipsa*?

Gilberto Fachetti Silvestre

 *Bruna Figueira Marchiori*

Keywords

Moral damages / Rights of personality / *Pretium doloris* / Damage in *re ipsa* / Superior Court of Justice.

Abstract

Despite being a widely known and used concept, the requirements for configuring personal injury in concrete cases remain controversial in juridical literature and in courts. In the characterization of personal injury and in the setting of its pecuniary compensation, there is the influence of three different point of views: one that understands that personal injury is characterized by suffering, other that recognizes the damage as an injury to the personality right and a third line of thought that assumes that personal injury is presumable and one must demonstrate the harmful event and not the victim's bad feelings. It is therefore necessary and useful to verify how the most recent case law of the Superior Court of Justice comprehends these requirements. To achieve the intended end, this research adopted as methodology a systematic review of case law, specifically relying on statistical analysis of tried cases in the scope of the STJ divisions.

1. INTRODUÇÃO

Essa pesquisa propôs uma investigação de como o dano moral — em sentido amplo — é definido e aplicado, a partir de uma perspectiva prática, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), valendo-se para isso de elementos e conceitos da civilística e da processualística contemporâneas.

A escolha do tema está intimamente associada à relevância social da matéria. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no *Relatório Justiça em Números* de 2017, tramitam nos Judiciários Estaduais um total de 1.001.889 de processos relativos a Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral. Apesar de temática bastante presente na Justiça brasileira, mostravam-se controversos, em hipótese preliminar dessa pesquisa, os requisitos exigidos para a atribuição da indenização. E isso tanto no âmbito judicial (piso e instâncias de apelação e especial), quanto na literatura jurídica.

Verificou-se uma divisão: há julgados e trabalhos que sustentam a necessidade de se verificar um elemento psíquico, a saber, a identificação de presença de dor ou sofrimento por parte da vítima, para que verdadeiramente haja a ocorrência do dano moral; em contrapartida, há entendimentos que defendem que, para que se configure o dano moral, basta a violação pura e simples de determinado direito da personalidade, sendo totalmente dispensável no caso concreto perquirir a presença dos elementos dor ou sofrimento para a sua caracterização.

Essa divergência se faz presente em acórdãos do STJ, conforme constatado em levantamento de acórdãos do intervalo temporal entre os anos de 2012 a 2018. Uma hipótese preliminar é que tal situação, no âmbito da instância superior, poderia gerar inseguran-

ça jurídica e processual.

Nesse diapasão, mostrou-se imperativo analisar o estado d'arte dos julgados mais recentes do STJ, para entender como o tribunal tem compreendido a necessidade de verificação do elemento volitivo nas ações indenizatórias de dano moral. Justifica-se a escolha do Supremo Tribunal de Justiça em razão da sua função uniformizadora da jurisprudência e de proferir julgados paradigmas, especialmente no contexto de valorização dos precedentes pelo Código de Processo Civil.

Em monografia sobre o tema, Felipe Nobre de Moraes realizou o levantamento e a análise de 37 acórdãos oriundos das quatro Turmas do Superior Tribunal de Justiça, datados de janeiro de 2012 até agosto de 2013. Em sua análise, identificou que 67,56% dos acórdãos analisados associam o dano moral à identificação do elemento psíquico.

Dado o caráter dinâmico do Direito, especialmente no cotidiano do STJ, surgiu a necessidade de atualização desses dados, tomando como referência acórdãos datados de janeiro de 2014 a janeiro de 2017, tentando identificar, dessa maneira, se o Superior Tribunal de Justiça manteve de forma majoritária o entendimento a que se filiava no período de 2012 e 2013, bem como discutindo e analisando os reflexos de seu posicionamento, tanto pretérito quanto corrente.

O objetivo geral dessa pesquisa foi identificar se existe no momento presente a exigência pelo Superior Tribunal de Justiça de comprovação de dor ou sofrimento para a caracterização e ocorrência de dano moral e, a partir disso, justificar a indenização de caráter lenitivo correspondente. Para o impleto desse objetivo, procedeu-se à realização de estatísticas de julgados para veri-



ficar se há jurisprudência em torno do tema. Por óbvio, a pesquisa aprofundou, como premissa, as noções de dano moral identificadas na literatura jurídica, bem como buscou perquirir a posição doutrinária majoritária em torno do tema.

Nesse sentido, a pesquisa foi desenvolvida como uma abordagem de caráter quali-quantitativo. Uma revisão de bibliografia foi realizada no intuito de aprofundamento teórico dos conceitos e teorias da civilística e processualística, explorados no que concerne especificamente a essa matéria. Além disso, a pesquisa adotou a metodologia de revisão sistemática da jurisprudência, especificamente recorrendo à análise dos julgados do STJ.

O método utilizado foi o indutivo, buscando estabelecer uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares, ou seja, partindo de dados singulares para a elaboração de uma conclusão de cunho genérico.

A pesquisa, assim, pretende oferecer aos operadores do Direito o entendimento recente e hodierno do STJ acerca da exigência ou não do elemento psíquico nas demandas de indenização por dano moral. Com isso, pretende oferecer recursos práticos à comunidade jurídica para a operabilidade da matéria em sede judicial.

2. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL NA LITERATURA JURÍDICA: VISÃO GERAL

O dano moral — em sentido amplo, ou seja, como sinônimo de dano extrapatrimonial ou pessoal — é conceito intimamente ligado à personalidade civil.

Na civilística contemporânea, a personalidade é vista a partir de duas perspectivas: *formal* e *material*. Materialmente, é um valor, um paradigma axiológico em que a pessoa é o centro do Direito, como decorrência do processo de jushumanização ou humanocentrismo jurídico. Já no sentido formal, a personalidade é um atributo pelo qual o Direito concede a certos entes a possibilidade de serem considerados pessoas e, assim, possam titularizar situações jurídicas ativas e passivas (Silvestre et al., 2018, p. 6):

Então, a personalidade é o requisito para que um ente — humano ou não, desde que permitido pela lei — possa ser titular de direitos e deveres e fazer parte de relações jurídicas. É o que torna tal ente um *sujeito de direito*.

Por outro lado, a partir da II Guerra Mundial, a personalidade se tornou um valor que se apresenta como a essência do Direito e da proteção da dignidade humana. Nesse sentido, as regras jurídicas devem sempre produzir normas cujo propósito e fim último seja a proteção da personalidade, isto é, dos aspectos fundamentais da pessoa: seu corpo (integridade física), seu espírito (integridade moral) e sua capacidade intelectual (integridade intelectual).

A personalidade, enfim, é aquilo que torna a pessoa um sujeito de direito e um valor em si. Quanto a este último aspecto, a personalidade garante a proteção da pessoa em seus aspectos fundamentais, quais sejam, *psicossomático*, *espiritual* e *intelectual*, e cada um desses aspectos é tutelado por meio de situações jurídicas fundamentadas nos chamados *direitos da personalidade*.

Quando ocorre uma lesão a um direito da personalidade verifica-se uma redução do valor personalidade, que consiste em pre-

juízo extrapatrimonial e/ou patrimonial. É aí que se fala em *dano moral*, que consiste no resultado do descumprimento do dever de incolumidade perante a pessoa humana (Noronha, 2013, pp. 579 e ss).

O histórico da responsabilidade civil por dano moral demonstra que sua aceitação pela doutrina e pela jurisprudência é recente. Na Itália, Giampietro Chironi (1925, p. 100) não entendia como seria possível ressarcir pecuniariamente a dor e, principalmente, como se daria sua estimação. Não concordava que o dano fosse estimado pelo juiz, pois seria feito com os critérios pessoais do magistrado. Seria impossível avaliar em dinheiro o dano moral:

Com'è possibile resarcire pecuniariamente il dolore? Se vero e sentito, como farne la estimazione? Si risponde che lo si estima dal giudice, ma la estimazione è allora abbandonata al criterio personale del magistrato, e ciò non si concilia col carattere del risarcimento: si dice che è impossibile valutare in denaro il danno morale, ma che se il magistrato non può accordare un risarcimento esatto, ciò non vuol dire non passa accordarne di esattezza, ma di impossibilità a valutare.

Henri Mazeaud e Léon Mazeaud (1934, p. 200) destacavam que os tribunais franceses somente consideravam um esquema pecuniário quando o dano moral repercutisse no patrimônio da vítima. No Brasil, anteriormente ao Código Civil de 2002 e à Constituição da República de 1988, não era senso comum admitir amplamente a possibilidade de se indenizar um dano moral, a não ser em casos específicos, como ocorria, por exemplo, em acidentes ferroviários. O Decreto nº. 2.681/1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, prevê há mais de cem

anos a indenização de situações lesivas que atingissem aspectos físicos dos passageiros, conforme se depreende de seu art. 21:

Art. 21 - No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

O entendimento geral que prevalecia era o de que as ofensas pessoais — fossem de ordem moral ou física — deveriam ser tuteladas na esfera criminal, cabendo à jurisdição civil atuar e responsabilizar prioritariamente as situações de prejuízos patrimoniais.

Nessa linha, Salomão Resedá (2017, p. 10) afirma que “durante décadas, o direito brasileiro conviveu sob égide de uma responsabilidade civil patrimonialista onde somente seria possível se falar em indenização e, por consequência, em dano quando houvesse a identificação de algum tipo de perda. A redução patrimonial era necessária e fundamental para desenhar o dano material”.

Embora na civilística e na processualística contemporâneas nem de longe se discuta mais o cabimento ou não de uma indenização pela prática de lesões a bens imateriais da pessoa, persiste no meio jurídico brasileiro um problema que ainda não foi solucionado eficazmente e que precisa sê-lo, sob o risco de se violar a segurança jurídica e até mesmo a equidade das decisões: trata-se do que se deve entender por “dano moral”. É que muitas são as definições de dano moral na literatura jurídica e variam entre si. *Posthac*, pode-se destacar algumas que permitirão melhor compreender o objeto desta pesquisa.



Segundo Karl Larenz (1959, p. 229), os danos pessoais são categoria de danos patrimoniais porque repercutem no patrimônio da vítima, sendo lesão a bens imateriais.

Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 39) remete a um elemento psíquico, pelo qual o dano moral é aquele que atinge o ânimo psicológico, moral, intelectual e físico de uma determinada vítima.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 54), o dano moral é “qualquer sofrimento humano que não é causado por perda pecuniária”, de maneira que isso representaria atentado à reputação do ofendido, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor estético (“amor-próprio”), à integridade de sua inteligência e às suas afeições. Nessa definição, contudo, não se pode deixar passar o fato de que dor, espanto, humilhação, vergonha, injúria etc. são o *conteúdo* do dano moral, mas não o seu *conceito*, porque a definição desse tipo de prejuízo é que se trata de ofensa aos direitos da personalidade.

Por isso, aqui se está diante de um problema técnico: não se pode *indenizar* o dano moral, porque dor, sofrimento e honorabilidade não podem ser estimados pecuniariamente. Com a indenização pecuniária do dano pessoal não se objetiva o *ressarcimento*, mas sim a *compensação*, que, por certo, não fará a situação jurídica anterior se restabelecer, senão permitirá ao vitimado amenizar o incômodo causado pelo dano, além de fazer com que o agente se conscientize do mal que causou.

Tem-se a partir daí uma perspectiva contemporânea diferente daquela de há muitos anos atrás.

Sergio Cavalieri Filho (2003, p. 87) afirma que

o “dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade”. De igual maneira, para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 129) o dano moral é o que atinge e ofende a dignidade da pessoa humana:

[...] afirmar que o dano moral é “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante a dar-lhe o epíteto de “mal evidente”. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de “danos injustos”, ou melhor, de danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis. [...]. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psico-física, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.

Veja, portanto, que o dano moral tem como causa a violação a um direito subjetivo extrapatrimonial, protegido pelo ordenamento jurídico — no caso do brasileiro pela cláusula geral de tutela da personalidade (arts. 11 a 21 do Código Civil c/c art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil). Logo, para que se fale em dano moral é necessário comprovar qual direito da personalidade foi lesado (Silvestre et al., 2018, pp. 9 e ss.).

A partir da Constituição da República de 1988 a indenização por dano moral passou

a ser prevista expressamente para todas as matérias cíveis (incisos V e X do *caput* do art. 5º), e no período até o Código Civil de 2002 o dano moral foi largamente caracterizado como o sofrimento decorrente da lesão à pessoa. A caracterização do dano moral estava intimamente ligada ao elemento anímico *doloris* (dor). Por isso, a compensação pecuniária por dano moral era tida como um *pretium doloris*, isto é, o “preço da dor”.

Antônio Chaves (1985, p. 607), nesse sentido, definia dano moral como a “dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física — dor-sensação, como a denominada Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento — de causa material”.

Afirma Marcelo Barrientos Zamorano (2008, p. 94) que o *pretium doloris* representa uma das espécies plausíveis de dano moral, que em si é um conceito jurídico indeterminado muito mais amplo e complexo. O que ocorre nessa perspectiva é que, por vezes, ocorre uma miscelânea ou confusão entre as consequências do dano moral e o dano em si. Afirma, ainda, que a noção de *pretium doloris* ocasiona erros e problemas práticos ao se concentrar unicamente nas sensações. Nesse sentido, escreve, *in verbis*:

Homologar dolor, pesar, molestia, zozobra, inquietud, entre otros, sufridos por una persona como consecuencia de la conducta ajena, es un error manifiesto. ¿Cuáles son los límites? Sin precisarlos se les asigna una indemnización, en un monto que tampoco presenta mayores motivaciones y que la mayoría de las veces se basa en presunciones.

Mas, dessa perspectiva resultam duas problemáticas que se referem à operabilidade

da proteção da personalidade: A primeira diz respeito a uma teratologia. Imagine a situação em que alguém internado em um hospital em estado comatoso venha a ser tripudiado por outrem, que lhe vincula acusações falsas e lhe atribui atos ilícitos, sem que sequer houvesse condenação penal nesse sentido. Tem o acamado direito à compensação por dano moral? Sim, terá, porque sua honra (direito da personalidade) foi atingida pela notícia. Mas sentiu a vítima alguma sensação de sofrimento, dor ou humilhação? Não, não o sentiu. Daí, não haveria que se falar em dano moral se este fosse dor, vexame, humilhação ou constrangimento.

Já o segundo problema se refere à instrução probatória da dor ou do sofrimento. Como provar uma circunstância psíquica, ou seja, como provar que a vítima sofreu? Tal comprovação consiste em verdadeira *probatio diabolica* (a “prova diabólica” ou “*devil’s proof*”), situação em que é impossível ou muito difícil a produção de provas, prejudicando a vítima na sua compensação. (E, lembre-se, o paradigma da responsabilidade civil no Brasil é a reparação da vítima).

Sobre o elemento psíquico, Salomão Resedá (2017, p. 10) afirma que “se o objetivo é demonstrar uma redução, no caso dos danos extrapatrimoniais, esta diminuição se verterá para a tranquilidade espiritual, daí a necessidade de identificação dos sentimentos negativos para a sua configuração. A indenização, então, seria por conta a quebra da paz interna. Apesar de bastante sedutora, esta linha de raciocínio deve ser analisada com bastante reserva”.

À propósito, sobre a prova do dano moral, destaca Humberto Theodoro Junior (2016, p. 7):

A lesão reparável a título de dano moral ocorre no plano psíquico do ofendido,

terreno impenetrável pela investigação probatória. Por isso, a jurisprudência se funda na experiência da vida para analisar a gravidade da agressão a partir da idoneidade do caso concreto de atingir o psiquismo da vítima, com gravidade, segundo o que comumente acontece. Assim, não se exige do demandante, manejador da pretensão indenizatória, na espécie, que prove diretamente o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida.

Então, a partir do Código Civil de 2002 — dada a impossibilidade de se averiguar os sentimentos negativos e considerando, ainda, o paradigma da reparação — passou-se a entender que a compensação do dano moral não depende de prova da dor ou do sofrimento para que se configure sua exigibilidade.

Daí que o dano moral é considerado um prejuízo *ipso jure*: toda lesão a um direito da personalidade, independentemente de sensações psíquicas que possa provocar na vítima, é considerada dano moral e, portanto, deve ser compensada.

Existindo, *objetivamente*, a lesão ao dever de incolumidade da pessoa, haverá dano moral *in re ipsa*, ou seja, de pleno direito.

Entende-se como dano moral *in re ipsa* aquela lesão que prescinde de prova dos sentimentos deletérios causados pelo prejuízo à dignidade humana, sendo suficiente a ocorrência da situação fática. Trata-se de conceber o dano moral como presunção *juris et de jure* de prejuízo (Gonçalves, 2012).

Por essa perspectiva, a vítima deverá provar o fato lesivo à sua personalidade, demonstrando o direito da personalidade violado. O prejuízo extrapatrimonial decorrente do fato lesivo é presumível. Por isso, o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio fato lesivo. Assim, não há a necessidade de comprovação de abalo psíquico sofrido pela vítima.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça desde pelo menos 1999 já entendia que, para casos de inscrição indevida em cadastro negativo de proteção ao crédito, haveria presunção de dano independentemente de sentimento da vítima. Veja, exemplificativamente:

CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO NO CADASTRO DE DEVEDORES DO SERASA. IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. A existência de vários registros, na mesma época, de outros débitos dos recorrentes, no cadastro de devedores do SERASA, não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre *in re ipsa*, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente. Hipótese em que as instâncias locais reconheceram categoricamente que foi ilícita a conduta da recorrida em manter, indevidamente, os nomes dos recorrentes, em cadastro de devedores, mesmo após a quitação da dívida. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (STJ, REsp. nº. 196.024/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. em 02/03/1999).

Após o Código Civil de 2002 o entendimento da instância especial permaneceu o mesmo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO NO CADASTRO DE DEVEDORES DO SERASA. EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. A existência de registros de outros débitos do recorrente em órgãos de restrição de crédito não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre *in re ipsa*, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente. Precedente. Hipótese em que o próprio recorrido reconheceu o erro em negativar o nome do recorrente. Recurso a que se dá provimento. (STJ, REsp. nº. 718.618/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, j. em 24/05/2005).

Contudo, pelo menos desde 2008, o STJ passou a entender de modo diverso: o dano moral não existirá em caso de inscrição indevida se existir outras inscrições devidas, conforme se verifica, *verbi gratia*, no acórdão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.081.845/RS:

[...] o posicionamento prevalecente na Terceira Turma desta Corte era no sentido de que a existência de outras anotações não afastaria o dever de indenizar, mas repercutiria no arbitramento do valor da indenização. Entretanto, em 14/05/2008, no julgamento do REsp 1.002.985/RS, Relator Ministro Ary Pargendler, a Segunda Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que a existência de outros registros desabonatórios do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito afasta a caracterização do dano moral. In casu, o acórdão recorrido ressalta a existência de outras pendências creditícias, fato que ensejou, acertadamente,

a improcedência do pleito de reparação moral. Irretorquível o acórdão recorrido, também, no ponto em que determina o cancelamento das anotações não precedidas de comunicação ao consumidor. (STJ, AgRg. no REsp. nº. 1.081.845/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. em 04/12/2008).

Esse entendimento prevaleceu em outros julgados, tais como: STJ, AgRg. no REsp. nº. 1.046.881/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. em 09/12/2008; STJ, AgRg. no REsp. nº. 1.057.337/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 04/09/2008; STJ, REsp. nº. 1.002.985/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, j. em 14/05/2008; STJ, REsp. nº. 1.008.446/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 08/04/2008.

Em 2009, o Tribunal editou a Súmula nº. 385, na qual se consignou: “Súmula 385 — Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento” (STJ, Súmula 385, Segunda Seção, j. em 27/05/2009).

Pois bem. Aprofundando no posicionamento da instância especial quanto à sua compreensão de dano moral, constatou-se que na década de 2010 o Tribunal alternava substancialmente o sistema de compensação do dano moral, ora exigindo comprovação de abalo psíquico, ora presumindo sua existência em decorrência do fato lesivo.

3. PESQUISA DE JULGADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atualmente, a literatura jurídica compreende majoritariamente o dano moral como



violação aos direitos da personalidade, ou seja, dos poderes conferidos pelo Direito à pessoa para garantir a incolumidade dos aspectos fundamentais da pessoa natural, quais sejam, psicossomático, moral e intelectual.

A apreciação e a análise das indenizatórias referentes a danos morais já possuiu, ao longo da história, diferentes critérios e requisitos para serem concedidas. Desde uma análise do dano “*in re ipsa*” até uma quantificação de dor/sofrimento, os Tribunais mostram-se vacilantes quanto aos critérios a serem considerados como fundamentais na apreciação do dano moral e na fixação do *quantum* compensatório.

Considerando a função de uniformizador da jurisprudência nacional do Superior Tribunal de Justiça, questionou-se qual seria seu entendimento predominante, de modo a verificar se a instância especial vai ao encontro do posicionamento majoritário da literatura jurí-

dica brasileira, qual seja, de que danos morais são violações aos direitos da personalidade.

A pesquisa valeu-se da ferramenta de busca de jurisprudência no sítio eletrônico do STJ, desenvolvendo-se os seguintes argumentos lógicos de busca: (“dano moral”) e (“dor” ou “sofrimento” ou “*in re ipsa*” ou “direito da personalidade”) e (“Primeira Turma” ou “Segunda Turma” ou “Terceira Turma” ou “Quarta Turma”). O recorte temporal compreende o período entre 01/01/2014 a 31/12/2017.

Foram identificados um total de 1.320 acórdãos que traziam em seu conteúdo os requisitos exigidos pelo argumento criado, ou seja, acórdãos julgados pelas quatro turmas do STJ e que tratam do dano moral associado a um dos seguintes termos: “dor”, “sofrimento”, “*in re ipsa*” ou “direito da personalidade”. Desse total, com escolha de caráter aleatório a fim de realizar inferência, foram analisados 120 julgados.

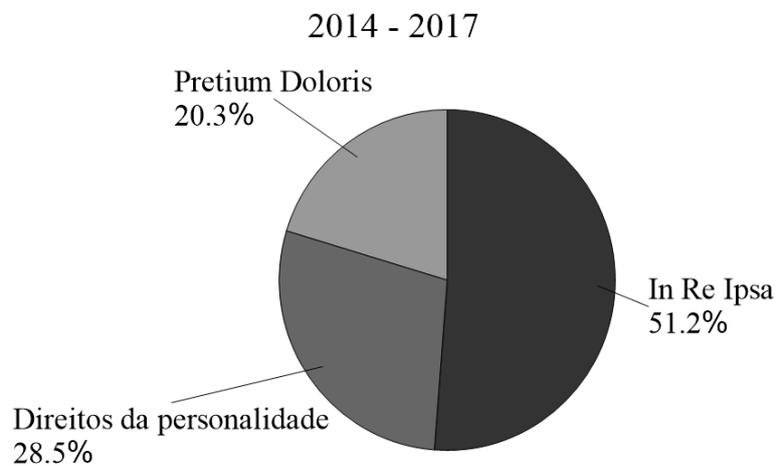
Sistematizando, esse foi o método de pesquisa:

Sítio eletrônico de pesquisa	www.stj.jus.br (https://scon.stj.jus.br/SCON/)
Período temporal	01/01/2014 a 31/12/2017
Critérios de busca	1) (dano moral) e (“dor” ou “sofrimento” ou “ <i>in re ipsa</i> ” ou “direito da personalidade”) 2) (“Primeira Turma” ou “Segunda Turma” ou “Terceira Turma” ou “Quarta Turma”)
Método	Quali-quantitativo
Documentos selecionados	Somente acórdãos (Recursos Especiais e outros)
Total de documentos encontrados	1.320
Total de documentos selecionados	120

Uma primeira análise dos documentos se refere à classificação das teorias de dano moral frente ao total pesquisado. O *Gráfico 1* mostra a divisão percentual das teorias no total dos anos analisados.

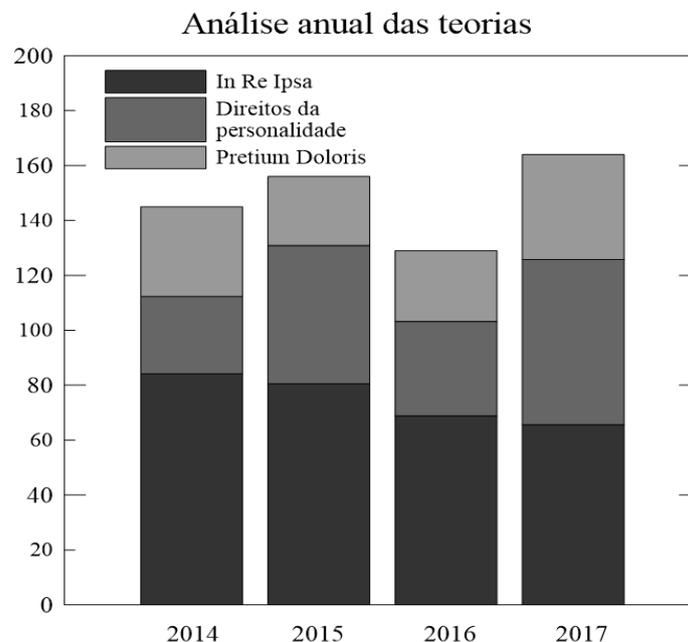


Gráfico 1: percentagens frente ao total pesquisado.



Uma segunda análise, mostrada no *Gráfico 2*, foi feita com relação a cada ano analisado. O gráfico mostra o total de acórdãos que existem disponíveis para cada ano. Dentro dos 30 julgados analisados por ano, a proporção de cada teoria frente ao total foi inserida dentro de cada barra do gráfico, a fim de verificar se a tendência em cada ano mantém coerência com a tendência total:

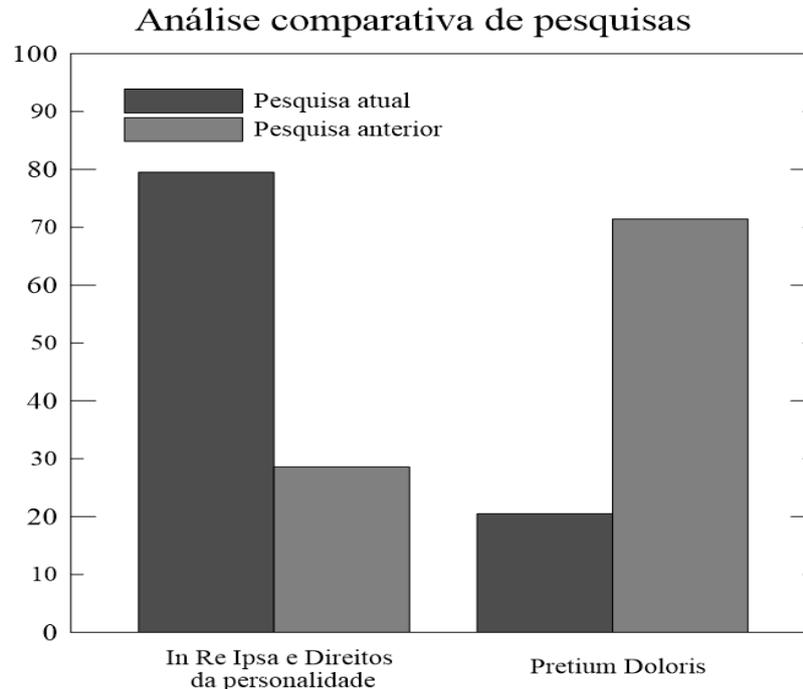
Gráfico 2: tendência para cada ano.



Em monografia sobre o tema, Felipe Nobre de Moraes (2013) realizou o levantamento e a análise de 37 acórdãos oriundos das quatro turmas do Superior Tribunal de Justiça, datados de janeiro de 2012 até agosto de 2013. Em sua análise, identificou que 67,56% dos acórdãos analisados associam o dano moral à identificação do elemento psíquico.

O Gráfico 3 compara os resultados da pesquisa de 2013 com a pesquisa atual, para verificar se o entendimento se manteria constante ou sendo tendência.

Gráfico 3: comparativo entre a pesquisa atual e a pesquisa anterior.



Os dados obtidos através da pesquisa no Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria indicam que houve uma guinada de entendimento na instância especial a partir de 2014. A mudança é quanto à necessidade de se identificar elementos psíquicos para que haja o reconhecimento da ocorrência de dano moral.

A pesquisa revelou, porém, que a jurisprudência do STJ apresenta uma noção mais restrita no que concerne à aplicação do dano moral presumido. Em casos específicos, o Tribunal concluiu pela possibilidade de compensação de danos morais independentemente da demonstração de dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Todavia, a caracterização do dano moral *in*

re ipsa não pode ser elástica a ponto de afastar a necessidade de sua efetiva demonstração em qualquer situação. Isso porque ao assim proceder se estaria a percorrer o caminho diametralmente oposto ao sentido da despatrimonialização do Direito Civil, transformando em caráter meramente patrimonial os danos extrapatrimoniais e fomentando a conhecida “indústria do dano moral” (STJ, Informativo de Jurisprudência nº. 627).

O Gráfico 1 demonstra que mais da metade dos julgados analisados adotam a noção de dano moral *in re ipsa*. Em uma análise perfunctória, essa porcentagem parecia demonstrar uma contrariedade entre os dados estatísticos colhidos e o entendimento do mesmo STJ de que em regra o dano moral não é presumido e que o dano moral *in*

re ipsa apenas se dá em casos específicos.

Todavia, uma análise mais aprofundada demonstra que dos 62 julgados que abordam o dano moral como lesão *in re ipsa*, 36 deles tratam de assuntos em comum, a saber:

1. protesto indevido ou inscrição irregular no cadastro de inadimplentes;
2. uso indevido do nome ou da imagem; e
3. recusa indevida de plano de saúde em autorizar cobertura.

Diante do exposto, percebe-se que o STJ, de fato, não adota como regra a presunção do dano moral, mas estabelece situações específicas em que essa presunção pode ser realizada. Sistematizando os fundamentos dos 62 acórdãos, tem-se:

- 100% fundamentaram a decisão compreendendo o dano moral como *in re ipsa* (presumível);
- 58% versavam sobre protesto indevido ou inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, uso indevido do nome ou da imagem e recusa indevida de plano de saúde em autorizar cobertura, e neles foi aplicada a noção tradicional, pura, de dano presumido; e
- 42% fundamentaram em uma ideia própria — e heterodoxa — que o Tribunal tem sobre dano moral *in re ipsa*, pela qual o dano é presumível, mas deve ser provado. *Id est*, a presunção de lesão é *juris tantum*, e não *juris et de jure*, como tradicionalmente é defendido no meio literário jurídico.
- Parece, então, que a ideia que prevalece na instância especial quanto aos 62 julgados é:

- Nos casos especiais de inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, uso indevido do nome ou da imagem e recusa indevida de plano de saúde em autorizar cobertura a presunção de dano moral é *juris et de jure* (presunção absoluta), ou seja, é a expressão de uma verdade; e
- Nos casos gerais, a presunção de dano moral é *juris tantum* (presunção relativa).

Ainda no *Gráfico 1*, observe que, por sua vez, em 29% dos julgados há caracterização do dano moral como correspondendo a uma violação dos direitos da personalidade, enquanto que em 20% dos casos é possível falar de dano moral como *pretium doloris*.

O *Gráfico 2* demonstra que há uma uniformidade nessas proporções ao longo dos quatro anos pesquisados. De fato, foi possível notar, assim como no primeiro caso, a predominância da concepção do dano como *in re ipsa*, seguida por lesão a direitos da personalidade e, por último, a ideia de que dano moral deve expressar sofrimento (*pretium doloris*).

Esta pesquisa procedeu a uma quantificação da distribuição da noção de dano moral em decisões por Turmas do STJ e por ano de julgamento:

Primeira Turma:

- 2014: 03 decisões *in re ipsa*;
- 2016: 01 decisão *in re ipsa*; e
- 2017: 01 decisão direitos da personalidade.

Segunda Turma:

- 2014: 01 decisão *in re ipsa*; 03 decisões *pretium doloris*; e 01 decisão direitos da personalidade;
- 2015: 01 decisões *in re ipsa*; e 03 decisões

direitos da personalidade;

- 2016: 02 decisões *in re ipsa*; e 01 decisão direitos da personalidade; e
- 2017: 02 decisões *in re ipsa*; e 02 decisões *pretium doloris*.

Terceira Turma:

- 2014: 06 decisões *in re ipsa*; 02 decisões *pretium doloris*; 01 decisão direitos da personalidade; e 01 decisão direitos da personalidade + *pretium doloris*;
- 2015: 08 decisões *in re ipsa*; 02 decisões *pretium doloris*; 02 decisões direitos da personalidade; e 01 decisão dir. da personalidade + *pretium doloris*;
- 2016: 07 decisões *in re ipsa*; 02 decisões *pretium doloris*; e 05 decisões direitos da personalidade; e
- 2017: 05 decisões *in re ipsa*; 01 decisão *pretium doloris*; e 04 decisões direitos da personalidade.

Quarta Turma:

- 2014: 08 decisões *in re ipsa*; 01 decisão *pretium doloris*; 02 decisões direitos da personalidade; e 01 decisão direitos da personalidade + *pretium doloris*;
- 2015: 06 decisões *in re ipsa*; 03 decisões *pretium doloris*; e 04 decisões direitos da personalidade;
- 2016: 08 decisões *in re ipsa*; 02 decisões *pretium doloris*; e 01 decisão direitos da personalidade; e
- 2017: 04 decisões *in re ipsa*; 04 decisões *pretium doloris*; e 05 decisões direitos da personalidade.

O *Gráfico 3* permite identificar a ocorrência ou não de uma guinada de entendimento do STJ em épocas mais recentes. Para chegar a essa conclusão, foi realizada uma análise comparada da pesquisa de 2018 e a pesquisa anterior, realizada por Felipe Nobre de Moraes (2013), em 2013 (período de janeiro de 2012 e agosto de 2013).

Em sua pesquisa, Felipe Nobre de Moraes (2013, p. 51) identificou que em aproximadamente 68% dos julgados ocorre a associação entre um dano moral a um sofrimento (*pretium doloris*). Por sua vez, ele realiza a análise dos outros dois tópicos de forma conjunta, a saber, dano moral *in re ipsa* e dano moral enquanto violação dos direitos da personalidade. Justifica a escolha desse critério afirmando que “um dano aos direitos da personalidade prescinde de provas ou constatações de elementos psíquicos, tratando-se de um dano moral *in re ipsa*”.

Esta pesquisa de 2018 realizou o tratamento dos dados de forma análoga à realizada em 2013, conforme se verifica no *Gráfico 3*, a fim de ser possível a realização de uma análise comparada.

Percebe-se uma alteração no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois a instância especial não exigiu, na maior parte dos casos analisados entre 2014 e 2017, alterações anímicas para a configuração do dano moral. Enquanto que na pesquisa realizada entre 2012 e 2013 aproximadamente 30% dos julgados utilizavam, em conjunto, as noções de dano moral enquanto violação dos direitos da personalidade e dano moral *in re ipsa*, na pesquisa de 2018 cerca de 80% dos julgados faziam referência direta ou indiretamente a esses mesmos conceitos.

Essa virada de entendimento é de extrema relevância. Aplica-se aqui, semelhan-



temente, observações que há muito foram feitas na literatura jurídica, e que são resumidas por Salomão Resedá (2017): entender o dano moral simplesmente como ofensa a direitos da personalidade, permite o estabelecimento de contornos que acabam por limitar suas hipóteses de configuração contendo o temor generalizado da “industrialização do dano moral”, ou seja, a banalização do instituto.

Nesse sentido, observa José Joaquim Calmon de Passos (2002, p. 08):

Essa minha percepção sempre me levou a não compreender o que seja a famosa reparação pela dor experimentada por alguém, associada ao ato do sujeito a quem se atribui tê-la provocado e que, não fora isso, jamais teria sido experimentada. Nada mais suscetível de subjetivizar-se que a dor, nem nada mais fácil de ser objeto de mistificação. Assim como já existiram carpideiras que choravam a dor dos que eram incapazes de chora-la, porque não a experimentavam, também nos tornamos extremamente hábeis em nos fazermos carpideiras de nós mesmos, chorando, para o espetáculo diante dos outros, a dor que em verdade não experimentamos. A possibilidade, inclusive, de retiramos proveitos financeiros dessa nossa dor oculta, fez-nos atores excepcionais e meliantes extremamente hábeis, quer como vítimas, quer como advogados ou magistrados.

Apesar de a presença de dor ou sofrimento ser resultado possível do dano moral, bem como pode ser elemento que o evidencia, não se trata de manifestação *sine quibus non* para representar o dano moral em si, bem como não se apresenta como indispensável (*sine quæ non*) para sua configuração.

Assim, Maria Helena Diniz (2003, p. 85) entende que o indivíduo poderá pleitear indenização, não a título de “valor” da sua dor ou sofrimento, mas como uma atenuação da sua dor:

[...] o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenua, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano.

O que se fez nessa pesquisa foi uma inferência estatística, cujo objetivo foi obter informações sobre características do dano moral a partir de um espaço amostral. Apesar do critério de aleatoriedade na seleção do espaço amostral, é possível que haja uma leve discrepância ao fazer a inferência para a matéria. O referencial metodológico e técnico-científico é o proposto por Wilton Busab e Pedro Morettin (2010).

É difícil obter informações precisas sobre a distribuição da matéria nas três categorias selecionadas no trabalho. No entanto, o número de julgados tomado como amostra (120) foi significativo para essa estatística, que garante uma confiabilidade da inferência.

4. CONCLUSÃO

São de se supor as causas que levaram o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a exigir a comprovação do elemento psíquico no período do início da década de 2010. É que já se tornou senso comum falar, hoje em dia, em “banalização do dano moral” e “indús-

tria do dano moral”. A exigência de *doloris* para configurar o dano moral demonstra que este deve ser visto como excepcional e séria lesão aos direitos da personalidade, afastando-se de todo e qualquer excesso de susceptibilidades ou dessabores quotidianos. Logo, nem tudo é dano moral e nem toda situação de desgosto deve ser transformada em lide e levada à via judicial.

Faz sentido, então, que o STJ seja mais rigoroso na demonstração do dano moral, fazendo, assim, surgir uma nova cultura em torno da compreensão da matéria e, conseqüentemente, uma diminuição de demandas.

Ocorre que a partir de 2014 a instância superior retoma à caracterização objetiva do dano moral, presumindo *ipso jure* que a lesão a direito da personalidade causa prejuízos à personalidade-dignidade do sujeito.

Não houve alteração significativa na composição ministerial das turmas que julgam a matéria em causas cíveis.

Por isso, não há uma explicação objetiva (pública) para tal guinada de padrão, a não ser uma impressão pessoal ou suposição no âmbito desta pesquisa: as Turmas do Tribunal tiveram a percepção de que a posição anterior constitui verdadeira *probatio diabólica* e injustiça para com a vítima. E, neste sentido, contraria o paradigma da responsabilidade civil e do direito de danos que atualmente vigora no próprio Tribunal em matérias cíveis: a exigibilidade inexorável de se indenizar alguém que sofreu danos (paradigma da vítima).

Desse modo, seja lá como for, fica demonstrado que, tanto em termos teóricos quanto em termos de operabilidade, a compreensão em torno da matéria “dano moral” ainda não é consensual no meio literário e forense

e na instância superior, apesar de ser discussão de muitas décadas (para não dizer quase secular).

5. REFERÊNCIAS:

- BUSSAB, W. O.; MORETTIN, P. A. (2010). **Estatística básica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.
- CALMON DE PASSOS, J. J. (2002). **O imoral nas indenizações por dano moral. Grandes temas da atualidade: dano moral: aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CAVALIERI FILHO, S. (2003). **Programa de responsabilidade civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.
- CHAVES, A. (1985). **Tratado de Direito Civil. Vol. III. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CHIRONI, G. (1925). **La colpa nel diritto civile odierno: Colpa extra-contrattuale**. Torino: F. Bocca.
- CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2017). **Justiça em números**. Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e-5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2018.
- DINIZ, M. H. (2003). **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva.
- GONÇALVES, C. R. (2012). **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva.
- LARENZ, K. (1959). **Derecho de obligaciones**. Tomo 1. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L. (1934). **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile**. Tome 1. Paris: Librairie Du Recueil Sirey.
- MORAES, M. C. B. de. (2003). **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar.
- MORAIS, F. N. de. (2013). **Danos morais no STJ: preço da dor?** Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto. Vitória.
- NORONHA, F. (2013). **Direito das obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.
- PEREIRA, C. M. da S. (2002). **Instituições de Direito Civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- RESEDÁ, S. (2017). **Dor e dano: dois “d” diferentes. Um ensaio sobre os sentimentos negativos e o dano moral**. *Direito Unifacs*, v. 1, p. 01-10.
- SILVESTRE, G. F. (2018). **Aspectos materiais e proces-**



- suais do dano moral e sua quantificação.** In:
MELO, D. L. M. de. (Orgs.). **Direito Civil: Programa de Atualização em Direito.** Ciclo 2. Vol. 4. Porto Alegre: Artmed Panamericana, p. 9-58.
- SILVESTRE, G. F.; HIBNER, D. A.; RAMALHO, C. V. (2018). **La accesibilidad como un nuevo derecho de la personalidad en Brasil: el Estatuto de la Persona con Discapacidad (ley 13.146/2015) y el daño moral que surge de la inaccesibilidad.** *Derecho PUCP — Revista de la Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Peru*, v. 80, p. 9-31.
- SILVESTRE, G. F.; HIBNER, D. A.; RAMALHO, C. V. (2018). **Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais.** Moldova: NEA — Novas Edições Acadêmicas.
- SILVESTRE, G. F.; SILVA, A. C.; SCHNEIDER, F. B. A. (2017). **Crítérios de fixação do quantum compensatório do dano moral.** *RJLB — Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 2, p. 37-69.
- THEODORO JÚNIOR, H. (2016). **Dano moral.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- VENOSA, S. de S. (2004). **Direito Civil: Responsabilidade civil. Vol. IV.** 4ª ed. São Paulo: Atlas.
- ZAMORANO, M. B. (2008). **Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris.** *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 1, p. 85-106.

Data de submissão: 29/09/2019

Data de aceite: 26/08/2020

