

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

CAIO DANIEL FERNANDES DA COSTA

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL DIANTE DA
CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COMO ENTENDIMENTO DA
JURISPRUDENCIA MAJORITÁRIA

SOUSA – PB

2017

CAIO DANIEL FERNANDES DA COSTA

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL DIANTE DA
CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COMO ENTENDIMENTO DA
JURISPRUDENCIA MAJORITÁRIA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA – PB

2017

CAIO DANIEL FERNANDES DA COSTA

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL DIANTE DA
CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COMO ENTENDIMENTO DA
JURISPRUDENCIA MAJORITÁRIA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora

Banca Examinadora

Para viver com dignidade é mister
que o homem tenha a sua liberdade,
a sua honra e outros direitos personalísimos intactos.

(António Jeová Santos)

AGRADECIMENTO

Ao nosso Senhor Deus, arquiteto do universo e ao seu filho Jesus Cristo, que deu sua vida por nós.

Aos meus pais, pelo sacrifício e esforço feitos em prol do meu futuro, da minha faculdade, do meu sonho. À minha mãe, Ivana, por deixar de lado suas vaidades para me proporcionar o melhor que pode ser oferecido, sempre com um amor imensurável, por considerar seus filhos como seus tesouros. Ao meu pai, Ubiratan, por me ensinar o melhor caminho a ser seguido, a me portar corretamente. Essa vitória é de vocês!

Aos meus irmãos, eternos companheiros da minha vida. Mais uma vitória compartilhada, meus irmãos! Cada briga, cada conciliação, cada apoio, cada defesa, cada declaração, cada bebedeira foi necessária para fortalecer nosso laço. Meu companheiro diário, Igor, sempre disposto a ajudar e privar-se de regalias para o benefício do próximo. Seu jeito de ser é facilmente reconhecido e admirado por todos. Meu companheiro à distância, Victor. Inteligência em pessoa, optou pela carreira louvável da medicina, a qual exige inteligência emocional, pois o sofrimento é vivenciado diariamente. Infelizmente os percalços da vida nos distanciaram um pouco, pois cada um foi para o seu lado, buscando sempre o futuro almejado, porém, este mesmo futuro há de nos aproximar. Agradeço a Deus por vocês, pois, caso contrário, a vida não seria a mesma.

Aos meus avôs, Ivo Carneiro e Manoel Deodato, *in memoriam*, os quais, infelizmente, não pude conhecer por mais tempo, mas que deixaram inúmeras histórias que me foram contadas e que serão repassadas por mim. Às minhas avós Carminha e Vilani, meu segundo símbolo materno, sempre me amando e transmitindo a sua sabedoria adquirida com a vida.

Às minhas famílias, Fernandes e Deodato, cujos tios e tias sempre estiveram ao meu lado, proferindo os mais sábios conselhos e dando a ajuda necessária para que eu seguisse forte nessa caminhada. Aos meus primos, pelo companheirismo e amizade.

Ao meu amor e namorada, Vanessa, que foi um dos melhores presentes que recebi no período da faculdade, sempre ao meu lado, me amando e me fazendo bem; pela alegria que é poder compartilhar contigo mais uma conquista e por sonhar sempre junto comigo.

Aos meus amigos, os quais considero família e que me ajudaram a superar essa fase da minha vida, sou muito grato por nossa amizade.

Meus amigos da minha querida Pau dos Ferros: Rafael, Jeff, Felipe, Igor, Sandí, Walber, Iranildo, Wallyson.

Meus amigos da querida Cidade Sorriso: Breno, Heitor, Valter, Leon, Sandoval, Paolo, Paulinho, Kuririn, Denis, Talys, Gabriel, Tobinha, Jean, Tadeu, Luiz Tigrão, Jeverson, Arnaldo, Vinicius, Xandin, Luã e Markinhos. Também às meninas: Júlia Star, Kamilla Nouri, Laura Tereza, Thayná, Amanda e Jéssica.

Aos meus amigos de sala, obrigado pela alegria da convivência dia após dia e pelas brincadeiras ocultas. Vocês ajudaram muito a vivência na sala!

Ao meu orientador, acima de tudo um exemplo de pessoa e de profissional, professor Eduardo Jorge, por sempre estar a favor dos alunos, sempre com toda tranquilidade, paciência e presteza, pronto para ajudar. Pela ótima orientação que despendeu para conclusão do presente trabalho e pela compreensão de realiza-la à distância. Jamais conseguirei agradecer tamanha contribuição. Obrigado!

*No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade.
Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente;
por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite
qualquer equivalência, compreende uma dignidade.*

(Immanuel Kant)

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a possibilidade de reparação do dano moral diante da configuração do mero aborrecimento como entendimento da jurisprudência majoritária. Nessa senda, cumpre estudar o instituto da responsabilidade civil, sua origem e seus pressupostos. Posteriormente, tratando-se de danos morais, verifica-se que o Código de Hamurabi foi o marco inicial do instituto, o qual vem evoluindo desde então. No Brasil, está introduzido pela Constituição Federal, consagrado em seu artigo 5º, incisos V e X. Ocorre que, com a evolução do instituto, surgiram inúmeras jurisprudências a respeito do tema, entre elas o famigerado termo “mero aborrecimento”, o qual justifica a não concessão da indenização sob o fundamento de que foram configurados apenas fatos comuns e previsíveis da vida social, mesmo que indesejáveis. Registra-se que a pesquisa em questão trata da possibilidade de reparação dos danos morais, mesmo que mínimos, diante da configuração do mero aborrecimento. Destarte, indaga-se se é correta a aplicação do mero aborrecimento. O presente trabalho aponta como devida a indenização dos danos morais, violadores da dignidade humana e dos direitos da personalidade, mesmo que tais danos sejam mínimos. Demonstra-se, ainda, que a utilização do mero aborrecimento fere drasticamente a dignidade humana e os direitos da personalidade. Partindo dessa premissa, objetiva a análise da possibilidade de indenização do dano moral sofrido diante da configuração do mero aborrecimento, de modo a identificar a real aplicabilidade da indenização. Ante o exposto, constata-se a necessidade de estudar minuciosamente cada ponto relatado, para que se possa compreender o objetivo ensejado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Danos morais. Indenização. Mero Aborrecimento. Dignidade humana. Direitos da personalidade.

ABSTRACT

The subject of the current work is the moral damages reparation possibility against the configuration of mere annoyance as an understanding of the majority jurisprudence. Therefore, the study of civil responsibility institute, its origin and its assumptions become necessary. Subsequently, with the moral damages dealing, it can be observed that the Code of Hamurabi was the initial mark of the institute, which has been evolving ever since. It has been introduced on Brazil by the Federal Constitution, enshrined in its fifth article, on V and X items. It occurs that, with the institute's evolution, a huge number of jurisprudences have emerged on the subject, among them the notorious "mere annoyance", which justifies the non-granting of compensation based on the fact that only predictable and ordinary social life facts were configured, even if they were undesirable. This research points to the possibility of moral damages reparation, even if minimal, against the configuration of mere annoyance. This way, the correct application of mere annoyance is questioned. The present work points out as correct the indemnification of moral damages, human dignity and personality rights violators, even if such damages are minimal. Also it is demonstrated that the use of mere annoyance drastically damages human dignity and personality rights. Based on this premise, the research aims to analyze the compensation possibility for the moral damage suffered against the mere annoyance configuration, in order to identify the real application of the indemnification. With the pointed facts, it is necessary to carefully study each related points, to a better objectives' understanding.

Keywords: Civil responsibility. Moral damages. Indemnity. Mere annoyance. Human dignity. Personality rights.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

Art. – Artigo;

BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor;

CF – Constituição Federal;

CDC – Código de Defesa do Consumidor;

CC/2002 – Código Civil de 2002;

CCB – Código Civil Brasileiro;

CC/1916 – Código Civil de 1916.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.1 CONCEITO	15
2.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO.....	16
2.3 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	18
2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	21
2.4.1 <i>Responsabilidade contratual e extracontratual.....</i>	21
2.4.2 <i>Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva.....</i>	24
2.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	26
2.5.1 <i>Conduta: Ação ou omissão</i>	26
2.5.2 <i>Dano experimentado pela vítima.....</i>	28
2.5.3 <i>Culpa do agente</i>	30
2.5.3 <i>Nexo causal.....</i>	31
3 DO DANO MORAL	33
3.1 CONCEITO	33
3.2 ORIGEM DO DANO MORAL	34
3.3 DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	36
3.4 O DANO MORAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	38
3.4.1 <i>Os direitos da personalidade.....</i>	39
3.5 ESPÉCIES DE DANO MORAL	40
3.5.1 <i>Dano moral direto e dano moral indireto</i>	40
3.6 DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL.....	41
3.6.1 <i>Função da reparação do dano moral</i>	42
3.6.2 <i>A quantificação das indenizações por danos morais.....</i>	46
4 DO DANO MORAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DIANTE DA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COMO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAJORITÁRIO	48
4.1 DO ENTENDIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA.....	48
4.1.1 <i>Conceito de mero aborrecimento</i>	49
4.1.2. <i>Considerações sobre o Mero Aborrecimento</i>	49

4.2 DA EQUIVOCADA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA.....	51
4.3 DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA.....	54
4.3.1 <i>Da violação à Dignidade da Pessoa Humana</i>	54
4.3.2 <i>Do envio de estímulos negativos ao mercado</i>	56
4.4 DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL DIANTE DA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO	58
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O instituto do dano moral tem seu surgimento datado de antes da era Cristã. O Código de Hamurabi foi o marco inicial desse instituto, o qual vem evoluindo desde então, passando a ressarcir patrimonialmente o dano sofrido, diferentemente do que acontecia no código supracitado, onde a violência física servia como sanção.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto foi introduzido pela Constituição Federal Brasileira, consagrado em seu artigo 5º, incisos V e X, os quais concedem direito à indenização pelo dano moral sofrido através da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, os quais tem uma estrita relação com o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Com a evolução do instituto, surgiram inúmeras jurisprudências a respeito do tema, principalmente no tocante às ações que pleiteiam especificamente a indenização pelo dano moral sofrido. Com o surgimento de tais jurisprudências, surge também o famigerado termo “mero aborrecimento”, criado pela jurisprudência majoritária, a qual justifica a não concessão da indenização sob o fundamento de que foram configurados apenas fatos comuns e previsíveis da vida social, mesmo que indesejáveis.

O problema sobre o qual se debruça a presente pesquisa se concretiza em uma crítica acerca da utilização desenfreada da expressão “mero aborrecimento” pelos julgadores como justificativa para a não concessão da indenização por dano moral, ao mesmo tempo, buscando também verificar a possibilidade da reparação quando configurada a expressão supracitada e as consequências da não reparação.

Percebe-se, pois, que esse estudo terá como objetivo geral a análise da possibilidade de ressarcimento do dano moral sofrido diante da configuração do “mero aborrecimento” sob a prisma da Constituição Federal, do ordenamento jurídico e da jurisprudência pátria de modo a identificar a real aplicabilidade da indenização independentemente do nível do dano causado.

Especificamente, objetiva criticar, sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio, a utilização constante do instituto do “mero aborrecimento” como justificativa para a não concessão da indenização em razão de danos morais sofridos; investigar sob a luz da Constituição Federal e jurisprudências pátrias a possibilidade de um dano

mínimo ensejar a concessão de indenização por dano moral em decorrência da existência de um fato violador da dignidade humana, mesmo em menor gravidade; destacar as graves consequências na sociedade e no mercado dos julgados que não concedem indenização por danos morais sobre a justificativa da ocorrência do “mero aborrecimento”; identificar possíveis aperfeiçoamentos a serem feitos de forma a garantir a plena concessão da indenização por dano moral em razão de um dano causado, independente da gravidade deste.

Com o fito de alcançar os objetivos supracitados, a pesquisa adotará como método de abordagem o dedutivo, segundo o qual há uma premissa geral, com princípios e lógicas considerados verdadeiros, que permite que se chegue a uma conclusão específica, uma análise particular de cada caso. Assim, no momento em que a utilização do “mero aborrecimento” atinge a dignidade humana e os direitos da personalidade, estar-se-á diante da premissa maior. À vista disso, traçando no decorrer do trabalho um raciocínio linear, torna-se possível chegar a uma conclusão acerca de qual seja a melhor solução para essa situação.

No tocante aos métodos de procedimento, serão utilizados: o histórico evolutivo, a partir do qual será mostrada e evolução da responsabilidade civil, destacando, dentro dela, a evolução da responsabilização por danos morais e como esta tem sido encarada com o decorrer do tempo; e o método comparativo, que consistirá em expor casos concretos e o conflito existente entre os direitos fundamentais.

No que se refere às técnicas de pesquisa, é necessário enfatizar a opção pela pesquisa bibliográfica. Assim, por meio desta se fará uso de artigos publicados em revistas especializadas, doutrinas, legislação e jurisprudência correspondentes, com o fito de analisar a equivocada utilização do “mero aborrecimento” para justificar a não concessão de indenização por danos morais.

Cumprir registrar que a pesquisa será estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo abordará o instituto da responsabilidade civil e seu conceito, analisando a sua origem e desenvolvimento e seu histórico no Brasil. Serão abordadas também as espécies de responsabilidade civil, assim como os seus pressupostos, destacando a posição deste instituto no ordenamento jurídico pátrio e as características referentes ao exercício desse direito.

O segundo capítulo, por sua vez, abordará, dentro da responsabilidade civil, o instituto do dano moral, abordando seu conceito e mostrando a evolução histórica a

partir do seu surgimento, chegando até os dias atuais, apresentando, nesse ponto, a relação desse instituto com a dignidade humana e os direitos da personalidade, assim como suas espécies e sua reparação, destacando-se a função reparatória e o *quantum* indenizatório.

Já o terceiro capítulo consiste na junção dos assuntos expostos anteriormente, razão pela qual ganhará ênfase a explanação acerca da equivocada utilização do “mero aborrecimento”, que fere a dignidade humana e os direitos da personalidade, apontando a reparação de todos os danos a tais direitos, mesmo que mínimos como solução para essa violação. Tratará, ainda, das consequências da configuração do “mero aborrecimento”, frisando a violação à dignidade humana e os estímulos negativos enviados ao mercado. Por fim, estudará a possibilidade de reparação do dano moral diante da configuração do “mero aborrecimento” pela jurisprudência majoritária.

Sendo assim, como há uma indagação acerca da possibilidade de reparação do dano moral diante da ocorrência do “mero aborrecimento”, esta pesquisa se justifica no sentido de ser necessário um aprofundamento acerca de tal possibilidade, identificando uma possível ponderação entre o dano mínimo causado e sua reparabilidade, buscando garantir a efetiva aplicação da Constituição Federal, como também a busca efetiva à punibilidade do agente causador do dano, em conformidade com o fundamento da dignidade da pessoa humana.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para se alcançar uma sociedade efetivamente organizada é necessário que haja o devido respeito aos direitos dos cidadãos, havendo o devido regramento e conseqüente punição aos atos ilícitos causados.

Quanto à reparação dos danos sofridos, no âmbito do direito obrigacional, cumpre analisar o instituto da responsabilidade civil, o contexto histórico em que esteve envolvido para, então, poder estudar os seus pressupostos em separado, adentrando, especificamente na reparação por danos morais.

2.1 CONCEITO

Responsabilidade civil consiste no dever de reparar um dano causado a outrem ou a coisas sob seus cuidados, por conduta própria ou de terceiros.

Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 55), em relação a tal responsabilidade, conceituam:

(...) A *noção jurídica de responsabilidade* pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a *priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, as conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

Contextualizando o entendimento supracitado, verifica-se que, no que tange à responsabilidade civil, uma das partes na relação jurídica constitui-se garantidor de algo, sendo, portanto, responsável por uma reparação específica.

Portanto, para os autores supramencionados, a responsabilidade civil consiste em meios de possibilitar a reparação de uma lesão e a sua devida responsabilização em face do agente que a proporcionou.

Nesse seguimento, Venosa (2016, p. 1) afirma que:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (...). O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo,

o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Não se deve admitir na sociedade moderna que o agente ofensor fique impune, independente da natureza do dano causado, seja ele material ou moral. Em razão disso, há uma grande esperança no ressarcimento pelos danos causados no tocante ao valor pago à vítima. De acordo com Gonçalves (2014, p. 21), “a tendência de não deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos sobrecarrega os nossos pretórios de ações de indenização das mais variadas espécies”.

Diante da necessidade de positivação de um instituto capaz de sistematizar a capacidade de reparação de um ato ilícito que enseja dano, surge então o instituto da responsabilidade civil, pertencente ao campo do direito obrigacional, o qual garante a reparação dos danos causados por atos ilícitos.

Portanto, responsabilidade civil consiste na noção de uma reposição, uma contraprestação equivalente ao que foi lesionado, com a finalidade de recompor o equilíbrio afetado.

2.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

O ponto de partida, quando se fala na origem da responsabilidade civil, surgiu no Direito Romano, assim como grande parte dos demais institutos existentes em nosso ordenamento jurídico.

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lidima reação pessoal contra o mal sofrido (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 56).

Nesse contexto, a responsabilidade civil, nas sociedades organizadas primordiais, consistia predominantemente na autotutela, ou seja, na vingança privada, como forma de ressarcimento pelos danos causados.

É nesse ponto de vista do delito em que o Direito Romano se baseia, tornando a autotutela como pressuposto para, regulando-a, realizar intervenção social com intuito de que seja permitida, ou excluída, quando praticada sem motivo justo. Tal regularização está consubstanciada na Pena de Talião, da qual se

encontram traços na Lei das XII Tábuas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016). A Lei das XII Tábuas tinha como objetivo impedir a vingança privada, regulando as ações com relação ao tratamento de crimes e delitos.

Posteriormente, referindo-se à supracitada lei, há indícios de evolução do instituto da responsabilidade civil, na qual manifesta-se a composição, onde a vítima, em substituição às sanções severas impostas pela Pena de Talião, recebia uma compensação em pecúnia ou bens, sendo, porém, uma forma de compensação voluntária.

Eis que surge, no mesmo código, a composição tarifada, a qual já estabelecia o valor da compensação a ser paga ao ofendido, em casos concretos. Tal instituto deu fim à famigerada vingança privada, substituindo-a. Nessa linha, destaca-se a conscientização social em relação à autocomposição surgida primordialmente, onde compreendeu-se que a solução de conflitos é uma questão coletiva, e não somente particular.

Dando seguimento ao histórico de evolução do instituto em estudo, um dos maiores marcos da historicidade da responsabilidade civil foi a *Lex Aquilia*. Tal codificação foi tão importante que foi utilizada para nomear a responsabilidade civil extracontratual, conhecida, também, como responsabilidade civil aquiliana.

Nesse contexto, Gagliano & Pamplona Filho (2016, p. 57) afirmam que a *Lex Aquilia* é:

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Se seu primeiro capítulo regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes que pastam em rebanho; e o segundo, o dano causado por um credor acessório ao principal, que abate a dívida com prejuízo do primeiro; sua terceira parte se tornou a mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil. Com efeito, regulava ela o *damnum injuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal.

Portanto, a *Lex Aquilia* prezou pela pena ou reparação proporcional ao dano causado, em detrimento das multas da Lei das XII Tábuas, que eram fixas.

Deduz-se que o Direito Romano foi de suma importância para a evolução e concretização do instituto da responsabilidade civil, sendo pioneiros na diferenciação entre pena e reparação dos danos. Nessa linha, o Estado assume a função de punir,

surgindo a indenização, tomando, a responsabilidade civil, lugar definitivo junto à responsabilidade penal.

Sucedendo as normas romanas, o direito francês foi as aperfeiçoando, ajustando, com nitidez, princípios gerais da responsabilidade civil, sem estar preso a casos concretos de composição tarifada. Tais princípios foram se estabelecendo na sociedade, exercendo certa atuação em povos de diferentes nacionalidades, consistindo no direito ao ressarcimento em razão de culpa, mesmo que em menor grau, havendo distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Estabeleceu-se também culpa contratual, não relacionada a crime ou delito, mas sim à negligência ou à imprudência.

Sobre a influência do direito francês, através do Código de Napoleão, na evolução do instituto da responsabilidade civil, assevera Gonçalves (2015, p. 26):

A noção da culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1.383. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo. Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores encômios.

Constata-se a tamanha influência do direito francês na evolução histórica do instituto estudado, onde distinguiu-se culpa delitual e contratual, reponsabilidade civil de responsabilidade penal, além de ter sido instituído o direito à reparação dos danos causados, mesmo que em menor potencial ofensivo.

2.3 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

No Brasil, assim como nos demais países, o instituto da responsabilidade civil desenvolveu-se, através de vários estágios, em especial pela alteração das leis que perduraram.

O Código Criminal de 1830, em conformidade com os ditames da Constituição Imperial, transmutou-se numa espécie de código civil e criminal firmado nos pilares da justiça e igualdade, prevendo a compensação natural, se viável, ou o ressarcimento indenizatório; a reparação integral, até os limites possíveis; a estimação de juros compensatórios; a solidariedade, a possibilidade de transferência

do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros, entre outros. (GONÇALVES, 2015).

Nosso país, quando ainda subordinado a Portugal, utilizava como parâmetro para as relações privadas as Ordenações do Reino de Portugal, as quais se mantiveram até o ano de 1916, onde surgiu o primeiro Código Civil Brasileiro, o qual foi iniciado pelo louvável Clóvis Beviláqua.

Ressalte-se que, inicialmente, as reparações tinham como condição a efetiva condenação penal, que, após algum tempo, foi substituída pelo princípio da independência jurisdicional, onde a justiça civil e a justiça penal independiam uma da outra, o que permanece até a atualidade. Nesse desmembramento, surge a teoria da responsabilidade civil subjetiva, a qual condiciona a reparação à comprovação de culpa ou dolo do agente que causou lesão. Tal teoria foi codificada pelo Código Civil de 1916, o qual também previa situações onde a culpa do lesante seria presumida, ou seja, não necessitava de comprovação.

Com o tempo, viu-se que somente a teoria da responsabilidade civil subjetiva não bastava para a defesa efetiva dos lesados. Tal fato ficou mais evidente com o desenvolvimento das indústrias, propiciado pelo surto de progresso que o país e o mundo passavam na época, onde os danos, conseqüentemente, foram se multiplicando.

A produção em massa e a distribuição desenfreada implicou no consumo em larga escala, que, por sua vez, acabou gerando o que vem a ser chamado de dano em série, coletivo ou em massa, no qual o agente causador, na maioria dos casos, é anônimo. (CAVALIERI FILHO, 2015).

Constatou-se que deveria existir uma forma de realizar total proteção às vítimas, sem, entretanto, sobrepor-se à teoria subjetiva.

Eis que surge a chamada teoria do risco, a qual busca suprir as necessidades das vítimas, em razão da insuficiência da teoria subjetiva de abranger todas as situações necessárias.

Nesse sentido, Gonçalves (2015, p. 28) afirma:

Na teoria do risco se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Tal teoria surge principalmente para proteger os operários diante do desenfreado crescimento industrial da época. Se estes sofressem um acidente relacionado ao trabalho, teriam direito à indenização sempre, independente da comprovação ou não de culpa pelo empregador. Tal fato se dava em razão dos equipamentos e maquinarias de propriedade do empregado e não por sua culpa direta nos danos causados.

Constata-se que a evolução no que tange à responsabilidade civil foi desenvolvendo-se lenta e gradativamente, através de leis especiais meio de leis especiais, como a Lei das Estradas de Ferro e do Seguro Obrigatório, a uma distância considerável do Código Civil Brasileiro de 1916, visto que sua cláusula geral, prevista em seu art. 159, não deixava brecha para que surgisse outra responsabilidade além da subjetiva, condicionada a prova de culpa do ofensor.

O maior fator de desenvolvimento da responsabilidade civil foi proporcionado pela Constituição Federal de 1988, onde enraizou-se a possibilidade de indenização em razão dos danos morais e, assim como a responsabilidade estatal, a responsabilidade civil objetiva dos prestadores de serviços públicos.

Leciona Cavalieri Filho (2015, p. 6):

Além disso, a Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade por ato judicial (art. 5º, inciso LXXV), a responsabilidade por dano nuclear (art. 21, inciso XXIII, letra c) e a responsabilidade por danos ao meio ambiente (art. 225, § 3º). Como se vê, a responsabilidade civil, que estava toda ela disciplinada em um único artigo do Código Civil de 1916, ganhou status constitucional, passando a ter grandes áreas de incidência disciplinadas pela própria Constituição.

Seguindo a constante evolução do instituto da responsabilização civil, surge o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, que codificou um novo sistema acerca de tal responsabilidade. O supracitado código inovou ao responsabilizar não o consumidor, mas o fornecedor pelos riscos inerentes às relações de consumo.

O CDC adotou a responsabilidade objetiva, abrangendo todas as situações em que o consumidor fosse lesado na relação consumerista, seja tal lesão relacionada a acidente de consumo ou fato do produto. Por fim, revogando o Código Civil de 1916, entra em vigor o atual Código Civil de 2002, que alterou profundamente as normas referentes à responsabilização civil da norma anterior, no qual predominava a responsabilização subjetiva, interligada à comprovação de

culpa. A atual norma civil prestigia a responsabilidade objetiva, contudo sem abandonar a responsabilidade civil subjetiva.

Nesse sentido, o art. 186 do Código Civil Brasileiro, aponta com clareza o que seria um ato ilícito, passível de reparação, consubstanciando-se na violação de direito e, conseqüentemente, na produção de dano a outrem, seja por ação, omissão, negligência ou imprudência, mesmo que unicamente moral. (BRASIL, 2002).

O artigo 927 do supramencionado código, por sua vez, afirma que o agente causador de ato ilícito ficará obrigado a repará-lo, consistindo na responsabilidade de restaurar a situação da vítima ao status anterior ao cometimento do ato ilícito e, conseqüentemente, ao efetivo dano causado. (BRASIL, 2002). Os dois artigos supramencionados compõem a cláusula geral de responsabilidade subjetiva.

2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme explicitado, a responsabilidade civil consiste em uma conduta causadora de dano, praticada de forma voluntária, a qual enseja um dever de ressarcir o que foi lesionado. Nesse contexto, há a possibilidade de classifica-la em diferentes espécies.

2.4.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Caso haja um contrato ligando as partes envolvidas na relação jurídica, e a lesão causada decorra de violação ou descumprimento de alguma cláusula ou norma contratual, estar-se-á diante da responsabilidade contratual.

Nesse contexto, Gonçalves (2015, p. 44) afirma:

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. Acontece o mesmo quando o comodatário não devolve a coisa emprestada porque, por sua culpa, ela pereceu; com o ator, que não

comparece para dar o espetáculo contratado. Enfim, com todas as espécies de contratos não adimplidos.

Portanto, havendo contrato preexistente, caso uma das partes contratantes viole ou descumpra alguma cláusula contratual, causando dano à outra parte, estará caracterizada a responsabilidade civil contratual, estando obrigado o agente causador do dano a repará-lo.

O descumprimento contratual poderá se dar de forma voluntária ou involuntária. Caso o agente não cumpra o que foi acordado contratualmente, de forma dolosa ou culposa, o descumprimento será voluntário, respondendo este por perdas e danos. O descumprimento involuntário se dará quando configuradas as situações excludentes de culpa, como é o caso da ocorrência de caso fortuito ou força maior, condição que exclui a responsabilidade pelo descumprimento, conforme art. 393 do Código Civil.

Nesses casos, apesar da exclusão da responsabilidade pelas perdas e danos eventualmente causados, haverá a responsabilidade pela mora, em razão do não cumprimento da obrigação no tempo, lugar e forma que foi preestabelecida, conforme art. 395 do Código Civil. (BRASIL, 2002).

De outra forma, caso o dano causado à vítima decorra de conduta ilícita, violadora de norma legal, estar-se-á diante da responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Em tal espécie, não existe nenhum liame jurídico anterior entre o lesado e o agente causador da lesão. Nessa linha, conforme citado, o artigo 186 do Código Civil afirma que o ato ilícito será caracterizado quando, agindo com dolo ou culpa, alguém causar dano a outrem, restando o dever de reparar o respectivo dano, conforme o artigo 927 do mesmo código.

Conforme Gonçalves (2015, p. 44):

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana (...). Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Portanto, quando inexistente o vínculo anterior entre o causador da lesão e o lesionado, quando praticado o ato ilícito, caracteriza-se responsabilidade

extracontratual ou aquiliana, a qual, conforme explicitado, não deriva de contrato, mas, sim, de previsão legal.

Cumpre, agora, analisar-se as diferenças existentes entre a responsabilidade contratual e a extracontratual.

De início, a mais importante das diferenças relaciona-se às provas. No que tange à responsabilidade contratual, para fins de ressarcimento, deve haver apenas a prova pelo prejudicado da inadimplência quanto à obrigação pactuada, cabendo à outra parte, que descumpriu a avença, isentar-se da reparação, alegando inexistência de culpa em razão das excludentes de responsabilidade, a exemplo da culpa exclusiva da vítima. Por outro lado, na responsabilidade extracontratual, para que a vítima seja ressarcida pelo dano causado, esta deve produzir provas que demonstrem a culpa do infrator, conforme teoria da responsabilidade subjetiva. Caso se trate de culpa objetiva, a culpa se presume.

Uma segunda distinção se encontra na origem da responsabilidade. A origem da responsabilidade contratual decorre de um contrato inadimplido. A responsabilidade extracontratual se origina da violação de um dever legal.

Uma terceira diferença muito importante relaciona-se com a capacidade de causar o dano. Na responsabilidade contratual, há a exigência da capacidade plena, diferentemente da responsabilidade extracontratual, onde não existe tal existência, em razão da possibilidade de um indivíduo incapaz responder pelos danos que causar, caso os responsáveis por ele não detiverem obrigação ou não possuírem meios para realizar a devida reparação, com ressalva aos casos previstos legalmente. Sobre a responsabilidade dos incapazes, Cavalieri Filho (2015, p. 45), citando o art. 928 do Código Civil, afirma que:

O Código Civil de 2002 optou por um critério mitigado e subsidiário em seu art. 928 no que diz respeito à responsabilidade do incapaz. Responderá o incapaz pelos prejuízos que causar se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Aduz o parágrafo único desse artigo: “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Logo, constata-se que o incapaz pode ser responsabilizado, porém, se a indenização devida tiver o condão de priva-lo do necessário ou das pessoas que dele dependem, esta não terá lugar.

Outra diferença que marca a distinção entre tais espécies de reponsabilidade se dá em relação à escala da culpa. Conforme exposto, o dever de indenizar, na responsabilidade extracontratual, resulta da violação legal, de abrangência geral. Conseqüentemente, tal espécie de responsabilidade é averiguada rigorosamente, contemplando até a culpa levíssima. De outro modo, na responsabilidade contratual, a culpa é variável, pois vai depender do caso concreto.

Frise-se que nem sempre o elemento da culpa será indispensável, pois há hipóteses legalmente previstas no Código Civil que ensejam responsabilização independentemente de sua existência.

2.4.2 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva

Em que pese o estudo diferenciado da responsabilidade subjetiva e objetiva, não se pode afirmar que estas são distintas espécies, o que existe são diferentes maneiras de estudar a obrigação consistente na reparação do dano.

Sobre tais responsabilidade, a depender do caso concreto, o elemento culpa será ou não considerado na obrigação de reparar.

A teoria da culpa, sob a ótica da teoria clássica, condiciona a responsabilização civil à existência de culpa do agente causador do dano, sendo assim, não havendo culpa, não haverá responsabilidade civil.

Nesse sentido, Gonçalves (2015, p. 48) afirma que:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Sendo assim, à luz do Código Civil Brasileiro, em concordância com os supracitados autores, pode-se afirmar que a responsabilidade subjetiva é tratada como regra geral pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, predomina o entendimento de que não há presunção de culpa, quando não houver previsão legal em contrário, ou for avençado diferentemente entre as partes em contrato, devendo o agente ser culpado, juntamente com a prova do nexo causal, do ato ilícito e do dano causado. Destarte, em tal espécie de responsabilidade, o ato ensejador do

dano deve advir de negligência, imprudência ou imperícia, sendo estes os três pilares da culpa.

De outro modo, existe a responsabilidade objetiva. Tal responsabilidade verifica-se nas determinadas conjunturas em que o ordenamento jurídico pátrio confere a incumbência de ressarcir a outrem, por lesão não provocada diretamente pelo responsabilizado, mas, sim, por um terceiro, sob seus cuidados ou responsabilidade. Consubstancia-se em uma responsabilidade civil indireta, que, em razão do dever geral de vigilância atribuído ao acusado, o elemento culpa não se despreza, mas se presume. Em tais situações, incube ao réu o ônus da prova em relação à ausência de culpa, objetivando livrar-se do dever de indenizar, caracterizando-se inversão do ônus probatório. Denomina-se responsabilidade objetiva imprópria.

Nesse contexto, é chamada objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta será, em todo caso, desnecessária para a obrigação de indenizar, podendo existir ou não na relação jurídica. De outro modo, será necessária a comprovação do nexos causal entre o ato e a lesão, visto que, até na ocorrência de responsabilidade objetiva, não se pode atribuir a responsabilidade a quem não tenha dado causa ao dano. Nessa classificação, as circunstâncias de culpa deduzida consideram-se casos de responsabilidade subjetiva, em razão de se fundarem ainda na culpa, mesmo que esta se presuma. Na responsabilidade objetiva não há necessidade da prova de culpa. É reconhecido o dever de indenizar independentemente da culpa. Nesse contexto, somente é necessária a relação de causalidade entre o ato e a lesão. (GONÇALVES, 2015).

Também há a imposição legal a determinados sujeitos, sob determinadas situações, da obrigatoriedade de ressarcir uma lesão que ocorreu sem culpa, sendo esta totalmente dispensável, tendo em vista o risco que se funda a responsabilidade. Denomina-se teoria do risco, na qual transfere-se a ideia da culpa para a figura do risco. Nesses casos, a responsabilidade objetiva é denominada de pura, pois prescinde a culpa do agente, configurando-se apenas com a configuração do dano e do nexos causal. Preceitua que, em razão da atividade explorada, todo dano causado a outras pessoas é indenizável e necessita de reparação pelo agente explorador de tal atividade, ligado a ela por um nexos causal, independentemente de culpa.

Para a teoria do risco, qualquer pessoa exercente de alguma atividade gera um risco de dano a outrem. Nesse contexto, deve existir a obrigação de reparar o

dano, mesmo que não haja culpa na conduta. Sendo assim, a responsabilidade civil se funda no princípio de que, se um dano for causado a outrem em razão de uma atividade realizada que traga benefício ao responsável, este será reparável independentemente da existência de culpa, pois a obrigatoriedade consiste na natureza da atividade praticada. (GONÇALVES, 2015).

Portanto, haverá situações em que será necessária a prova da culpa em relação ao agente causador do dano, para que haja a devida indenização. Também existirão situações em que será desnecessária tal demonstração, em razão da lei conferir presunção de culpabilidade, seja pela atividade exercida pelo responsável, seja pelo descumprimento deste em relação à guarda de coisas ou de terceiros aos seus cuidados.

2.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme explicitado, o artigo 186 do Código Civil Brasileiro afirma que fica obrigado a indenizar, todo aquele que causar algum prejuízo a outra pessoa. O supramencionado artigo aponta com clareza o que seria um ato ilícito, passível de reparação, consubstanciando-se na violação de direito e, conseqüentemente, na produção de dano a outrem, seja por ação, omissão, negligência ou imprudência, mesmo que unicamente moral. (BRASIL, 2002).

Nessa linha, é possível extrair quatro elementos que são essenciais para a configuração da responsabilidade civil, sendo eles: ação ou omissão do agente, culpa do agente, nexo causal e dano experimentado pela vítima. Embora haja outros posicionamentos concernentes aos pressupostos da responsabilidade, opta-se por estudar apenas os mencionados.

2.5.1 *Conduta: Ação ou omissão*

Realizando uma breve análise a respeito do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, conclui-se que, para que ocorra um ilícito, torna-se essencial que exista uma conduta praticada por alguém, e que esta infrinja um dever legal, social ou contratual. Tal conduta provoca uma lesão passível de indenização, a qual interessa ao Direito para fins ressarcitórios, podendo consistir em ação ou omissão.

A conduta consiste na prática humana voluntária, manifestada por uma ação ou omissão, tendo o condão de produzir consequências jurídicas. A ação ou omissão consiste na aparência física, concreta, da conduta, sendo a vontade a sua aparência psicológica, ou subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2015).

Deverá haver a voluntariedade na ação ou omissão humana, para fins de responsabilização civil. Nessa esteira, a vontade do causador do dano, na conduta omissiva ou comissiva, gerará o dano passível de reparação.

A voluntariedade consiste em característica fundamental da conduta humana, retratando a autonomia de escolha do praticante do ato, ligada ao discernimento necessário para a prática da conduta. Sendo assim, representa a consciência da lesão causada e não necessariamente a intenção de causa-la. Importante frisar que tal voluntariedade deve ser examinada na responsabilidade subjetiva e na responsabilidade objetiva, pois o agente deve atuar conforme sua capacidade de independência nas duas hipóteses.

Sobre a ação, aspecto físico da conduta, Cavalieri Filho (2015, p. 41) afirma que:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante.

Portanto, havendo um comportamento humano positivo, como por exemplo a destruição de bem alheio, haverá a ação, que é a forma mais recorrente da exteriorização da conduta.

O autor supramencionado, sobre a omissão, afirma que:

Conduta omissiva parece contrassenso, uma vez que, do ponto de vista naturalístico, a omissão é ausência de comportamento, é um não fazer, um nada, e do nada nada provém. Mas, do ponto de vista jurídico, assim não é. O direito é uma ciência normativa, possuindo conceitos específicos. Ação e omissão no sentido jurídico são um conceito diferente da ação ou omissão que interessa à ciência natural. No plano jurídico, a omissão tem natureza normativa e não naturalística, vale dizer, é imposta pelo direito e não pelas leis naturais. Tal como a ação, a omissão também pode exteriorizar a vontade, pode ser forma de realização da conduta. No jargão popular

costuma-se dizer que “quem cala consente”. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 41).

Portanto, em relação à omissão, não obstar o resultado caracteriza uma permissão para que a causa se efetive. Quem se omitiu colabora na concretização do fato danoso, ou deixando de atuar, ou não frustrando a concretização do resultado.

A ação consiste na forma mais corriqueira de exteriorização da conduta, pois há, fora do âmbito contratual, a determinação, aos indivíduos, de abstenção da prática de atos lesivos e, é pelo agir que se viola esse dever legal.

Por fim, é importante salientar que, no campo contratual, a omissão é conduta mais frequente. Sendo assim, o indivíduo que deixa de cumprir uma cláusula contratual, em razão de ter se omitido de praticar conduta que lhe era atribuída e, assim, causa prejuízo à outra parte, deverá responder pelos danos causados em razão de sua omissão.

2.5.2 Dano experimentado pela vítima

Toda minoração nos bens de uma pessoa, podendo ser esta física ou jurídica, caracteriza-se dano, podendo ser este pessoal ou comum, moral ou material.

Não se pode olvidar, contudo, que há eventos em que se presume o dano, quando se trata de responsabilidade contratual, isto é, não haverá necessidade de comprovação do dano para que haja a obrigação indenizatória. Pode-se exemplificar através da cláusula penal, que, sendo fixada anteriormente entre as partes em um instrumento contratual, consubstanciando-se em um montante a ser pago em razão de perdas e danos, caso seja descumprida alguma cláusula contratual ou haja mora, sendo, além disso, uma garantia do cumprimento obrigacional.

Nesse diapasão, Cavalieri Filho (2015, p. 102) explica que:

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta

ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar (...).

Constata-se, portanto, que o elemento do dano suportado pela vítima é essencial para a caracterização da responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva, pois, se houvesse indenização sem um dano, estar-se-ia diante de um enriquecimento ilícito, sem causa, uma vez que o objetivo da indenização é reparar o dano sofrido pelo indivíduo lesionado.

Nesse diapasão, poderão haver várias modalidades de dano suportado pela vítima, de cunho patrimonial ou moral.

O dano patrimonial consiste em lesão que pode ser avaliada monetariamente, podendo ser ressarcido através de reposição pecuniária. Pode-se exemplificar como um dano causado a uma propriedade de um indivíduo, como um automóvel.

Sobre o dano patrimonial, o artigo 402 do Código Civil Brasileiro afirma que a indenização à vítima, salvo exceções previstas em lei, abrange o que esta efetivamente perdeu, como também o que deixou de lucrar. (BRASIL, 2002).

Sendo assim, o dano emergente, consubstanciado na perda efetiva da vítima, consiste na degradação do patrimônio, sendo, inicialmente, de fácil percepção.

Por lucro cessante, entende-se por aquilo que o lesionado razoavelmente deixou de lucrar, sendo a frustração da expectativa do ganho.

Conforme artigo 403 do Código Civil, os danos emergentes e os lucros cessantes só abrangem os prejuízos causados por efeito direto e imediato do dano decorrente de ato ilícito do devedor, sob pena de gerar um enriquecimento sem causa. (BRASIL, 2002).

Há ainda a modalidade advinda do Direito Francês, sendo esta denominada de perda da chance. Esta se caracteriza pela possibilidade de ganho futuro que o lesionado obteria se não houvesse sofrido um dano. A indenização deverá ser calculada fazendo-se uma projeção desde a ocorrência da efetiva perda, até determinado momento final, podendo se relacionar a idade ou outra data estipulada.

Além dos danos causados ao patrimônio, há a modalidade dos danos morais, que se relacionam com lesões causadas a interesses extrapatrimoniais. Os danos morais se relacionam com os denominados direitos da personalidade, como nome, imagem e outros aspectos que constituem a identidade dos indivíduos, causando dor, vexame, humilhação.

2.5.3 Culpa do agente

Em princípio, para fazer jus à indenização, o ofendido deve provar a culpa do agente.

Todavia, face à existência da responsabilidade objetiva, admite-se, em determinadas hipóteses, casos de responsabilidade sem culpa, que independe de culpa.

Culpa *strictu sensu* representa a ação desacertada de um indivíduo, sem intenção de lesionar, porém poder-se-ia exigir ação diversa, em razão de ser equívoco inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o homem médio.

Culpa *lato sensu* abrange também o dolo, a intenção de causar o resultado lesivo.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 186, conceitua culpa como sendo “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. (BRASIL, 2002).

A imprudência consiste na conduta do indivíduo que pratica um ato sem a devida cautela, precipitado. A negligência ocorre quando o indivíduo não prevê um resultado que poderia ser facilmente previsto, em razão de desatenção. A imperícia está relacionada à culpa profissional, inaptidão técnica.

Caso o agente se encaixe em algum desses eventos, há, para ele, a obrigação de reparar o dano causado.

Alguns autores, como Gagliano & Pamplona Filho (2016, p. 73), não consideram a culpa um elemento essencial da responsabilidade civil, conforme pode-se constatar abaixo:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade, todos eles desenvolvidos cuidadosamente nos próximos capítulos.

Com a devida vênia, opta-se por considerar a culpa elemento essencial caracterizador da responsabilidade civil. Por fim, saliente-se que a culpa também pode ser contratual ou extracontratual. Será contratual, se, havendo um contrato anterior, for violado um dever nele inserido. De outro modo, será extracontratual, quando decorrente de lesão a norma geral.

2.5.3 *Nexo causal*

Nexo causal consiste no liame que há entre a conduta do agente e a lesão consumada. Não havendo nexos, inexistem responsabilidades civis. Sendo assim, havendo dano, mas não havendo relação entre este e a conduta do agente, não haverá obrigação de indenizar, pois inexistirá o nexo causal. Portanto, é ônus da vítima provar que houve nexo entre o dano que lhe foi causado e a conduta do agente, sob pena de indeferimento do pedido indenizatório.

Entretanto, tal nexo pode não ser causa direta do dano, mas, como é condição para que este se produza, responderá o agente pelas consequências de seus atos. Sendo assim, basta comprovar que o dano não ocorreria sem a conduta praticada pelo agente. Ainda poderão haver efeitos indiretos do dano causado. Tais efeitos indiretos relacionam-se com uma consequência previsível do ato, sem, porém, estar ligada diretamente a ele. Seria um fato que não teria acontecido caso o dano e o fato também não tivessem ocorrido. Nesse diapasão, a conduta do agente causador do dano torna-se condição para que o efeito indireto do dano fosse produzido.

Há, porém, situações que excluem o nexo causal isentando o agente do dever de indenizar, sendo estas, conforme a doutrina tradicional: caso fortuito ou força maior e fato exclusivo da vítima ou de terceiro, conforme explicita Cavalieri Filho (2015, p. 95):

Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O fato exclusivo da vítima é causa de exclusão do nexo causal, pois, apesar de aparentar ser causador direto do dano, o agente serve como instrumento para que o acidente ocorra. O fato de terceiro consiste em ato praticado por qualquer pessoa, além da vítima e do aparente responsável, capaz de romper o nexo de causalidade. Sendo assim, o ato ocorreu justamente pela conduta de pessoa alheia, sendo o agente mero instrumento, assim como no fato exclusivo da vítima.

Por fim, quando, apesar dos esforços dispendidos pelo devedor, um acontecimento ocorre, de forma inevitável, estar-se-á diante de um caso fortuito ou

força maior, excludente de culpabilidade, o qual isenta o devedor da obrigação de indenizar. Trata-se de fato externo que impossibilita o agente de cumprir o que lhe cabia.

3 DO DANO MORAL

Dentro do âmbito da responsabilidade civil, enfrentando resistência até a sua efetiva aceitação e positivação, surge a possibilidade de reparação por danos morais, consistindo em evolução necessária para ressarcir não somente os danos patrimoniais, mas também os extrapatrimoniais, anteriormente negligenciados.

3.1 CONCEITO

Dano moral consiste em lesão que reflete uma dor forte, uma humilhação, sentimento de angústia, interferindo psicológica, moral e intelectualmente no sujeito lesionado.

Conforme leciona Gonçalves (2015, p. 387):

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Nesse contexto, não há a lesão patrimonial do ofendido, mas sim aos seus direitos da personalidade, como a imagem, honra e dignidade. Sendo dano extrapatrimonial, deve-se compensar a vítima através de uma indenização que se destine a amenizar a dor sofrida.

Nesse seguimento, para Gagliano & Pamplona Filho (2016, p. 109):

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Constata-se que há uma lesão à dignidade da pessoa humana. Essa dignidade é um fundamento estruturante da Constituição podendo ser considerada coloraria dos direitos fundamentais. Não é preciso, pois, se provar dor, mágoa, raiva, grande aborrecimento, ou nenhum sentimento, porque são de difícil, ou talvez,

impossível mensuração pelo aplicador do Direito, por serem fatos inerentes ao pensamento puramente individual do ser humano afetado. Todavia, a dignidade humana é comensurável e amplamente tutelada, tanto é que foi escancaradamente protegida de maneira primordial pelo constituinte.

O professor Carlos Alberto Bittar, afirma que são danos morais “os relativos a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto” (BITTAR, 2014, p. 35).

De fato, quando se fere o digno ser humano, malferindo sua moral, isso o machuca e provoca mágoa, dor, raiva, grande aborrecimento e sentimentos negativos, mas essas consequências do dano não precisam ser provadas, ou melhor, não podem ser provadas, adequadamente.

3.2 ORIGEM DO DANO MORAL

O instituto do dano moral tem seu surgimento datado pela doutrina como sendo antes de Cristo. Em que pese ter sido pacificada há pouco tempo na maioria das leis contemporânea a ampla reparação no que se refere aos danos morais, pelo histórico das nações percebe-se que sempre houve uma certa proteção a tais pretensões.

O marco inicial da reparação pelos danos morais ocorreu com o surgimento do Código de Hamurabi, onde haviam leis claras sobre direito e economia. Com seu surgimento datado entre os anos de 1792 a 1750 antes de Cristo, na Mesopotâmia, este código alterou diversas leis sumérias e acadianas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015).

O princípio geral do Código de Hamurabi foi a reparação equivalente, sendo a sanção ao causador do dano igual ao dano que este causou. Tal equivalência ficou conhecida como a Lei de Talião, a qual possuía o célere axioma “olho por olho, dente por dente”.

O referido código previa, além da aplicação de uma pena equivalente, o pagamento de uma indenização em pecúnia, a qual resultou na moderna teoria da compensação econômica, a qual preza pela satisfação dos danos extrapatrimoniais.

Nesse contexto, verifica-se que o Código de Hamurabi objetivava a reparabilidade dos danos causados, sejam eles materiais ou morais, sofrendo o agente causador de tais danos, a título de sanção, ofensas idênticas ou tendo que reparar o dano através de valor pecuniário. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015).

Outro grande marco na evolução da reparabilidade dos danos morais foi o Código de Manu, idealizado por Manu Vaivasvata, o qual realizou a sistematização das leis sociais e religiosas do Hinduísmo, que, ainda hoje, influencia a vida social e religiosa na Índia até a atualidade. Ao contrário do Código de Hamurabi, o conjunto normativo conhecido como Código de Manu prezou pela reparabilidade pecuniária dos danos causados, suprimindo a violência física como sanção. Constatou-se que o castigo físico não surtia tanto efeito quanto a obrigação de indenizar pecuniariamente, a qual se mostrou mais adequada e com menos chance de reincidência na prática de novos atos ilícitos (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015).

Até então, prevalecia a vingança privada, com breves resquícios de aceitação do dano moral, em razão de algumas opções pela indenização pecuniária em detrimento do castigo físico.

Entre os romanos era diferente, pois havia entre eles, com extrema presença, a ideia de reparação pecuniária em razão de danos causados, que além dos danos patrimoniais, a lesão à honra de outrem deveria ser devidamente indenizada (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015).

Em razão da preocupação constante com a fama, a qual os romanos já consideravam como sendo um patrimônio, houve a devida busca pela positivação da reparação de danos causados à boa imagem.

Tal fato se comprova pelo surgimento da Lei das XII Tábuas, onde encontravam-se várias disposições a respeito da reparação dos danos extrapatrimoniais, de caráter moral. Caso os romanos fossem vítimas de atos atentatórios à sua honra, a exemplo da injúria, poderiam pleitear a devida indenização em pecúnia, sendo arbitrada pelo Juiz, o qual analisaria minuciosamente todas as nuances do caso concreto. (GAGLIANO, PAMPLINA FILHO, 2015).

Portanto, percebe-se que desde a antiguidade, em período antes de Cristo, mesmo que de forma tímida, já havia a aceitação da reparabilidade dos danos morais, a qual detinha mais força no Direito Romano, em razão da grande

preocupação dos cidadãos romanos em prezarem pela sua boa fama, a qual já era considerada como um patrimônio, o qual deveria ser amplamente protegido.

3.3 DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito Brasileiro, sobre a reparabilidade dos danos morais, também houve grande evolução de pensamentos, pois, até pouco tempo, julgadores e doutrinadores relutavam em considerar tais danos indenizáveis, em razão de não haver legislação pátria que tutelasse de forma abrangente tais direitos, além do fato de ser de enorme dificuldade a mensuração da dor causada, em decorrência de não serem atribuídos valores pecuniários a esses direitos.

Na época do Brasil Colonial, não existia nenhuma norma que regulasse a indenização por danos morais, deduzindo-se que não havia a possibilidade de tal reparação nesse cenário. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015).

As primeiras teses sobre defesa da reparabilidade dos danos morais surgiram com o primeiro Código Civil Brasileiro, a Lei nº 3.071/1916, ainda que não necessariamente referentes aos danos extrapatrimoniais.

O supracitado código detinha dispositivos que permitiam a indenização quanto aos danos extrapatrimoniais em casos especiais, a exemplo da lesão corporal que causasse deformidade ou aleijamento; calúnia, difamação e injúria, entre outros. Em tais ocorrências, a indenização era estipulada diante da multa criminal, relativa a cada uma das hipóteses, que, embora não houvesse utilização expressa, tinha objetivo de indenizar os danos causados aos direitos da personalidade (VENOSA, 2016).

Ainda que tenha havido um grande passo em relação a tal reparabilidade no Direito Brasileiro, a doutrina e a jurisprudência nacional, na época, resistia em considerar reparável o dano moral, justamente pela ausência expressa das lesões extrapatrimoniais no Código Civil de 1916.

Registre-se, ainda, que, além do supramencionado código, também existiram leis esparsas que deram força à tese da plena reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, podendo-se citar o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.117/1962, o Código Eleitoral, Lei nº 4.737/65, entre outros (GAGLIANO, PAMPLINA FILHO, 2015).

É notável que, em um primeiro instante, o direito brasileiro resistia a tese de defesa da reparabilidade dos danos morais, sendo esta rechaçada pela doutrina e pelos tribunais pátrios, somente sendo admitida nos casos especiais das leis esparsas, conforme supramencionado, ou através da possibilidade especial defendida pelo Código Civil de 1916.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 ocorreu o pleno desenvolvimento da tese da plena reparação no que tange aos danos morais, tendo, o Código Civil de 2002 seguido a mesma linha e reforçado tal reparabilidade.

Se, antes da Constituição Federal de 1988 havia uma resistência quanto às indenizações por danos morais, sob o fundamento de não existir uma norma expressa que tutelasse tal direito, após sua vigência tal fundamento tornou-se falho, visto que houve a plena reparabilidade dos danos extrapatrimoniais pela lei máxima brasileira, devendo esta ser seguida tanto pelos doutrinadores, como pelos magistrados, em suas decisões.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, também foi um grande marco na proteção à indenização por danos morais, o qual, em conformidade com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, defendido constitucionalmente, surgiu para efetivar a devida regularização das relações de consumo.

Tal código prevê a indenização por danos morais, garantido o acesso à justiça para aqueles que a pleiteiam, assim como a responsabilização objetiva dos causadores da lesão, além de outras garantias de enorme importância, como a inversão do ônus da prova, por ser o consumidor parte hipossuficiente nas relações consumeristas.

Quanto à atual Codificação Civil do Brasil, esta, em conformidade com a Constituição Federal, reconhece de forma expressa o dano moral, conforme se depreende do seu art. 186 e, em consequência disto, pelo seu art. 927 garante a sua reparabilidade (BRASIL, 2002).

Portanto, superada a fase das incertezas quanto à possibilidade de reparação dos danos morais, a sua reparabilidade no ordenamento jurídico brasileiro é amplamente aceita, tanto por possuir previsão legal, quanto pela aceitação nos tribunais pátrios e pela doutrina. Conclui-se que, apesar de ainda pairar a incerteza quanto ao valor das indenizações referentes aos danos extrapatrimoniais, está sendo cada vez mais garantida a eficácia e aplicabilidade de tais indenizações.

3.4 O DANO MORAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme explicitado, quando ocorrem os danos morais, ocorre a violação à dignidade da pessoa humana, que, por serem danos extrapatrimoniais, devem ser devidamente ressarcidos, a fim de que a vítima retorne ao *status quo ante*.

Nesse sentido, tais danos estão intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana, sendo este princípio fundamental enraizado pela Constituição Federal.

Acerca do conceito de dignidade da pessoa humana, leciona Sarlet (2001, p. 60):

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana é tida como pilar da ordem jurídica pátria, a qual se demonstra pelos direitos e garantias fundamentais, estando incluídos nestes os direitos da personalidade. Ocorrendo ofensa aos direitos da personalidade, há a direta violação à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o Estado deve sempre fazer o possível para proteger a dignidade da pessoa humana sempre que esta estiver sendo ameaçada ou estiver na sua iminência. Caso haja falha estatal em relação a tal proteção, ocorrendo, assim, a lesão, não se permite que o sujeito lesado fique desamparado, subvalorizando-se a pessoa humana, sendo direito de este pleitear a devida indenização em razão dos danos causados.

Portanto em razão da essencialidade na proteção de tal dignidade, por esta consistir em um complexo de direitos e deveres fundamentais, os quais asseguram as condições mínimas existenciais, qualquer lesão a essa dignidade acarretará angústia e sofrimento ao lesado.

3.4.1 Os direitos da personalidade

Conforme elucidado, a responsabilidade civil por danos morais consubstancia-se no dever de reparar um dano causado à dignidade da pessoa humana, ou seja, aos direitos da personalidade do lesado, como a imagem, a honra, a intimidade, entre outros.

Sobre os direitos da personalidade, Bittar (2014, p. 29) afirma:

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

A relação entre os danos morais e os direitos da personalidade é de tal estreitamento que há a dúvida se existem tais danos se não forem relacionados com tais direitos.

Os dois experimentaram certa resistência pela maioria da doutrina pátria em serem considerados objetos autônomos do direito e, após o advento da Constituição Federal de 1988, conseguiram expresse reconhecimento, mais precisamente no art. 5º, X, o qual os tratou em conjunto, dispondo serem invioláveis os direitos da personalidade e, caso violados, estaria assegurado o direito à indenização pelos danos moais efetivamente sofridos (BRASIL, 2002).

A inclusão pela Constituição Federal dos direitos supracitados e dos danos morais consubstancia-se na evolução que os dois institutos têm experimentado. Em razão da natureza extrapatrimonial de ambos, os direitos da personalidade aplicam-se perfeitamente aos danos morais. Os dois possuem, por objeto, os bens que integram o próprio ser das pessoas, consistindo naquilo que é inerente ao ser humano, devendo estes serem protegidos efetivamente pelo direito.

Diante dos dilemas suportados pelos direitos da personalidade, estes sempre se depararam com a complicação de se encontrar um instrumento de efetiva tutela jurídica, caso ocorresse um dano. A aceitação e efetiva positavação dos danos morais surgiu como o instrumento procurado para tal tutela, visto que se consubstancia em pena apropriada diante da lesão aos direitos da personalidade.

Contextualizando, a lesão aos direitos de personalidade garante o direito à direta indenização por danos morais, de modo direto e regulado, sem que seja

necessária a prova de efetiva dor ou prejuízo, diante das situações definidas pelo ordenamento jurídico oferecida pelos direitos extrapatrimoniais, que são inatos à pessoa. A responsabilidade diante dos danos causados configura-se pela simples violação dos direitos supracitados, portanto, verificando-se lesão a qualquer dos direitos da personalidade, é necessária à sua devida reparação, sendo desnecessária qualquer prova de prejuízo, somente sendo necessária a existência de nexos causal. (LÔBO, 2003).

3.5 ESPÉCIES DE DANO MORAL

Os danos morais classificam-se em diretos e indiretos, dependendo dos interesses jurídicos que são violados. Tal diferença se faz necessária diante do requisito do nexos causalidade entre o dano e o fato, sendo este essencial para que haja a devida reparação diante da lesão causada.

3.5.1 *Dano moral direto e dano moral indireto*

Classifica-se como dano moral direto, o dano causado aos direitos extrapatrimoniais, ou seja, à dignidade da pessoa humana, mais precisamente aos direitos da personalidade.

Nessa toada, Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 121), sucintamente, afirmam que o dano moral direto “se refere a uma lesão específica de um direito extrapatrimonial, como os direitos da personalidade”.

A exemplo da ocorrência concreta de um dano moral direto, pode-se citar um excesso de vendas de passagens para um determinado voo, conhecido como *overbooking*. Em tais casos, como há dano diretamente aos direitos da personalidade da vítima, causando-lhe transtorno, sensação de impotência e desconforto, o dano moral classifica-se como direto.

Sobre o dano moral indireto, os supramencionados autores afirmam que este:

[...] ocorre quando há uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial, como é o caso, por exemplo, do furto de um bem com valor afetivo ou, no âmbito do direito do trabalho, o rebaixamento funcional ilícito do empregado, que, além

do prejuízo financeiro, traz efeitos morais lesivos ao trabalhador (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2016, p.121).

Portanto, conforme exemplificado pelos ilustres doutrinadores, havendo uma lesão a um bem de natureza patrimonial, a qual também reflete na esfera moral ou extrapatrimonial, haverá o dano moral indireto.

Nesse contexto, o Código Civil, em seu art. 952, parágrafo único, aduz que, havendo lesão, para que haja restituição, dever-se-á levar em consideração não só o valor patrimonial da própria coisa, mas também o valor da afeição, desde que este não seja superior àquele (BRASIL, 2002).

Por fim, importante destacar a diferença entre o dano moral indireto e o reflexo, em razão de haver grande semelhança entre estes. O dano moral indireto, conforme explicitado, ocorre quando há uma lesão a um bem patrimonial, que, por consequência, acaba atingindo bem extrapatrimonial. Por outro lado, ocorre dano moral reflexo quando se configura um dano a um sujeito que, por estar ligado a outrem, acaba atingindo a este também, sem importar se a natureza do dano foi material ou extrapatrimonial.

3.6 DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

A reparação do dano moral, conforme explicitado, sofreu diversas controvérsias no direito brasileiro, onde passou muito tempo sendo rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência pátria, sob argumento de não haver codificação expressa da reparabilidade de tais danos, entre outros argumentos.

Tal controvérsia, como já mencionado, teve fim com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual, após exaustiva elucubração, trouxe inúmeras garantias e princípios, e, em relação aos danos morais, concedeu direito à sua reparação, assim como a qualquer dano, sem importar a natureza. Tal concessão encontra-se aludida no art. 5º, V e X, pondo fim aos argumentos contrários à reparabilidade dos danos morais, e, em contrapartida, atendendo aos anseios sociais pela plena reparabilidade dos danos causados, sejam eles morais ou patrimoniais.

Nesse sentido, é necessária uma análise da forma como ocorre a reparação dos danos morais, análise de sua natureza, para que seja alcançado o principal

ponto da discussão sobre a reparabilidade dos danos morais, o valor atribuído a estes e os critérios que devem ser observados pelo juiz ao exercer seu múnus público, a fim de se estabelecer o sentido da reparação de tais danos extrapatrimoniais.

Como regra dos costumes comportamentais sociais, há o exaurimento do direito de um indivíduo, quando este confronta direito de outrem, prejudicando-o. Nesse contexto, adota-se, pelo direito, a previsão de sanção de cunho reparatório para os indivíduos que pratiquem atos atentatórios, violadores de direitos alheios, que, dependendo das circunstâncias, podem exigir a plena demonstração ou não de culpa do agente causador do dano, conforme elucidado anteriormente.

Por conseguinte, ao passo que há descumprimento do dever de não causar dano a bem ou interesse jurídico de outrem, desde que preenchidos os requisitos essenciais para configuração da responsabilidade civil – ação ou omissão; dano experimentado pela vítima; culpa do agente e nexos causal – manifesta-se o direito à reposição do status *quo ante* para quem sofreu o dano, dependendo, o valor indenizatório, das circunstâncias do caso concreto, como extensão e resultados do dano, devendo ser indenizado tanto o dano de menor proporção, como o de proporções exorbitantes, independentemente da natureza dos danos, se moral ou material.

Contextualizando, ao realizar breve análise da ordem jurídica pátria, verifica-se é expressa e plenamente admitida a reparabilidade dos danos morais, sendo um direito enraizado pela Constituição Federal.

Cumpra, feitos tais esclarecimentos, elucidar a função reparatória dos danos morais, assim como a sua quantificação pelos magistrados, no momento do julgamento.

3.6.1 Função da reparação do dano moral

Pode-se identificar, na reparação do dano moral, três funções primordiais: a compensatória, buscando a compensação da lesão cometida; a punitiva, buscando punir o agente que causou a lesão e, por última, a preventiva, buscando prevenir a prática do ato danoso, tanto em relação a quem sofreu o dano, quanto em relação à sociedade em geral.

Por se tratarem de danos extrapatrimoniais, a função compensatória dos danos morais ocorre de forma diferente das reparações por danos materiais, visto que, para estes, basta que ocorra a compensação do valor patrimonial pelo ofensor, por ser de fácil avaliação. Por outro lado, como os danos morais não possuem natureza material, busca-se reestabelecer o status *quo ante*, mas, como não é possível fazê-lo na íntegra, procura-se minimizar da melhor forma os transtornos causados.

Pode-se citar por exemplo o caso de morte de um ente querido. Nesses casos, não há como trazer o indivíduo de volta à vida, sendo a indenização pelos danos morais sofridos apenas um meio de minimizar a dor, não podendo reestabelecer por completo o status *quo ante*.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2015, p. 120) afirma que:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”.

Portanto, a função compensatória da reparação por danos extrapatrimoniais detém importante papel, buscando diminuir a situação de angústia dos lesionados, através de indenização custeada pelo causador do dano.

Quanto à função punitiva, esta busca a punição do agente que ocasionou o dano extrapatrimonial através da condenação ao pagamento de indenização, o qual deve ser condizente com o sentido punitivo, para que seja demonstrado que a prática lesiva é ilegal e não será permitida.

Percebe-se, então, que a ausência de aplicação da punição causará indireto estímulo à prática de infrações semelhantes. Por esse fato, torna-se evidente e necessário o caráter punitivo.

Porém, cumpre frisar que tal caráter é objeto de controvérsias pela doutrina pátria. Nesse contexto, justificando a inexistência de caráter punitivo na reparação dos danos morais, afirma Reis (2009, p. 165):

Ao adotar os princípios de satisfação, bem como os da compensação dos danos morais, o legislador não inseriu no texto legal a pretensão punitiva; *a contrario sensu*, separou de forma precisa a responsabilidade civil da penal, como se deduz da leitura do artigo 935 do Código Civil.

Nessa toada, o supracitado autor entende que não houve, pelo legislados, inserção da pretensão punitiva na compensação dos danos morais, sendo separada a responsabilidade civil da penal.

Reis (2009, p. 165) argumenta, ainda, citando o art. 954 do Código Civil, que:

Ora, realmente, é incongruente que em sede de responsabilidade civil se trate de matéria penal, mesmo porque, como assinalado, em nenhum momento o Código Civil institucionalizou a aplicação de procedimentos punitivos na mesma linha em que foram prescritos pelo Código Penal. O artigo 954 do Código Civil alude ao dano moral destituído do caráter punitivo ao aludir: "(...) e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente", ou seja, "... caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização"; logo, uma indenização que seja tanto quanto possível restitutiva. Nem se poderá cogitar que a cláusula penal tenha este caráter, visto que possui uma função técnica e essencialmente indenizatória ou compensatória, ou até mesmo inibitória, sempre voltada para a ideia basilar das relações contratuais sedimentadas no princípio do *pacta sunt servanda*.

Em resumo, a resistência, por parte da doutrina, em reconhecer o caráter punitivo da reparação dos danos morais se dá pela separação da responsabilidade civil da penal, onde há o argumento de que não há como tratar de matéria penal em sede de responsabilidade civil. Porém, o supramencionado autor (REIS, 2009, p. 168) reconhece, mesmo não defendendo o caráter punitivo da reparabilidade dos danos morais, a relevância da função punitiva no processo indenizatório:

Não obstante não advogue a tese referente à função punitiva nas indenizações de dano moral, pelas razões já expedidas, é inconcusso que essa situação se mostra igualmente relevante no processo indenizatório; afinal, toda indenização decorrente de violação de direito confere ao *quantum* indenizatório uma ideia de cláusula penal inserida no contexto da responsabilidade civil.

Dada a devida vênia, é possível constar a presença do caráter punitivo da reparação dos danos morais, mesmo que haja expressa separação da responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Na maioria dos casos onde ocorrem os danos morais, a vítima busca a punição do agente causado do dano, e não a indenização em si. Pode-se citar como exemplo os casos onde as vítimas, sendo pessoas abastadas, buscam a indenização por danos morais, mas doam o valor percebido, buscando somente a punição do agente causador. Em tais casos, conforme explicitado, a busca pelos danos morais detém maior caráter punitivo do que compensatório. (CAVALIERI FILHO, 2015).

Outrossim, para coibir comportamentos reprováveis, é necessário que a indenização tenha caráter punitivo, e não meramente compensatório.

Sendo inegável que o apego aos bens materiais na atualidade encontra-se evidente, a indenização por danos extrapatrimoniais deve coibir a prática dos atos lesivos, impingindo ao agente causador do dano a diminuição do seu patrimônio, para que este sinta-se atingido.

Por fim, a função preventiva busca, através da efetiva condenação do causador do dano à indenização por danos morais, fazer com que não sejam causados mais danos de mesma natureza, nem ao lesado, nem à sociedade em geral.

Nesse contexto, sobre a função preventiva, que a reparação dos danos morais, afirma Bittar (2014, p. 117):

Possibilita, de um lado, a desestimulação de ações lesivas, diante da perspectiva desfavorável com que se depara o possível agente, obrigando-o ou a retrair-se, ou, no mínimo, a meditar sobre os ônus que terá de suportar. Pode, no entanto, em concreto, assumir aquele os ônus, agindo desoladamente, ou, pelo menos, deixar de tomar as cautelas de uso: nesses casos, sobrevindo o resultado e à luz das medidas tomadas na prática, terá que atuar para a reposição patrimonial, quando materiais os danos, ou para a compensação, quando morais, como vimos salientando.

Havendo as três funções mencionadas, a reparação dos danos morais está cumprindo plenamente seu papel social, estando dentro dos preceitos constitucionais, principalmente quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Venosa (2016, p. 802) aponta que as três finalidades devem estar sempre presentes quando afirma que:

De qualquer modo, em sede de indenização por danos imateriais há que se apreciar sempre a conjugação dos três fatores ora

mencionados: compensação, dissuasão e punição. Dependendo do caso concreto, ora preponderará um, ora outro, mas os três devem ser levados em consideração. Como se nota, os novos paradigmas da responsabilidade civil exigem que hoje os julgados se voltem para novos valores que muito pouco têm a ver com o sentido histórico da responsabilidade aquiliana.

Portanto, apesar das divergências doutrinárias apontadas, é possível destacar que a reparação civil por danos morais possui as três finalidades explicitadas: a compensatória, a sancionatória e a preventiva.

3.6.2 A quantificação das indenizações por danos morais

Quanto à quantificação no tocante às indenizações por danos morais, é perceptível que se trata de tarefa árdua, em razão desses danos serem causados a bens extrapatrimoniais, insuscetíveis de valor pecuniário, ao contrário dos danos materiais, onde pode-se facilmente quantificar o dano e, conseqüentemente, a indenização. Conforme explicitado, quando se trata da reparabilidade dos danos morais, esta deve buscar minimizar os danos causados, tentando chegar o mais próximo possível do estado onde a vítima se encontrava antes do cometimento do ato ilícito, diante da impossibilidade deste ser reestabelecido por completo.

O sistema adotado pelo Brasil para a aferição da indenização por danos morais é o aberto, onde é atribuída ao juiz tal competência, o qual deve fixar a indenização através de critérios subjetivos para a compensação da lesão. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2016).

Nesse contexto, tal sistema se justifica pela impossibilidade de se quantificar os danos extrapatrimoniais como uma perda patrimonial, onde se constata o valor da indenização através da efetiva perda material, sendo necessária a intervenção do juiz para que este quantifique a indenização, analisando sistematicamente o caso concreto.

Nesse contexto, Cavalieri Filho (2015, p. 178) sustenta a impossibilidade da quantificação dos danos morais como um decréscimo material:

No âmbito do dano extrapatrimonial (moral), a sua quantificação como um decréscimo material é também absolutamente impossível, razão pela qual o critério do arbitramento judicial é o único apropriado [...]. Também aqui terá o juiz que se valer da lógica do

razoável, que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão.

O supramencionado autor aponta para a lógica da razoabilidade, a qual deve ser seguida pelo magistrado no momento do arbitramento judicial, para que a condenação seja adequada tanto para o lesado, quanto para o agente causador da lesão.

Portanto, para uma decisão pautada no princípio da razoabilidade, necessário se faz que esta se adeque ao caso concreto, devendo os meios se adequarem aos fins e deve haver proporção no valor indenizatório. A indenização deve ser compatível com o grau de reprovabilidade da conduta lesiva praticada, com a intensidade e duração da angústia sofrida pelo lesado, com a capacidade econômica do agente causador do dano, assim como as condições sociais do lesado, entre outras nuances que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, 2015).

Importante destacar que, por se tratarem de danos diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, representada pelos direitos da personalidade, o julgador deve ficar atento à dor efetivamente sofrida pela vítima, pois, por ser assunto de profunda subjetividade, somente quem sofreu o dano saberá a extensão deste em seu psicológico. Não pode o magistrado adotar somente critérios objetivos no arbitramento da indenização, devendo, ao máximo, tentar se pôr na situação da vítima, para buscar entender as circunstâncias passadas por ela, para que, com alteridade, seja arbitrada uma indenização compatível com a dor sofrida, sempre com proporcionalidade e razoabilidade, para não cometer injustiças.

Nesse contexto, não restam dúvidas de que o magistrado deverá arbitrar a indenização em decorrência de danos morais sempre pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais evitam excessos, devendo também seguir os critérios trazidos pela doutrina e jurisprudência.

4 DO DANO MORAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DIANTE DA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COMO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAJORITÁRIO

A partir da efetiva positivação e conseqüente aceitação jurisprudencial, a procura por ressarcimento por danos morais sofridos aumentou, o que acarretou na problemática acerca do que seria realmente o dano moral e qual a sua extensão, surgindo assim a aplicação do termo mero aborrecimento, o qual justifica a não concessão da indenização pleiteada por danos morais.

4.1 DO ENTENDIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA

Os danos morais estão diretamente ligados à dignidade humana, pois, conforme a Constituição Federal, tal dano fere os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, entre outros, ou seja, atinge o indivíduo como pessoa.

A responsabilidade referente aos danos causados aos essenciais direitos da personalidade, os quais individualizam e garantem condições existenciais mínimas a cada indivíduo, configura-se através de qualquer violação a tais direitos, mesmo que mínima, sendo desnecessária qualquer prova de prejuízo, necessitando apenas que haja nexos de causalidade, visto que o prejuízo se configura a partir do efetivo dano moral.

Portanto qualquer dano moral, independente da intensidade, deverá ser levado em consideração para fins de concessão de uma indenização, pois, em tais casos, há uma transgressão aos direitos de personalidade.

Nesse sentido, com a devida positivação e aceitação pelos tribunais, a busca pela indenização em relação ao dano moral sofrido vem aumentando, o que trouxe também a problemática acerca do que seria realmente o dano moral e qual a sua extensão. Eis que surge o termo “mero aborrecimento”, adotado pela jurisprudência. Nesse contexto, torna-se necessário discorrer acerca da configuração do mero aborrecimento e seu conceito.

4.1.1 Conceito de mero aborrecimento

Conforme apresentado, a busca pela indenização relativa aos danos extrapatrimoniais sofridos vem aumentando. Em resposta a tal aumento, a jurisprudência, como forma de justificar a não concessão da indenização, após reiteradas decisões, criou o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano, instituto que, caso caracterizado, afasta a indenização.

Pode-se conceituar mero aborrecimento como um fato rotineiro e invisível, que não atinge a esfera dos direitos da personalidade do sujeito, sendo um fato inerente à própria vivência, portanto, não abalando psicológica ou emocionalmente alguém. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017).

Sendo esclarecido o conceito de mero aborrecimento, cumpre realizar algumas considerações acerca do instituto, a fim de se verificar sua possível utilização errônea.

4.1.2. Considerações sobre o Mero Aborrecimento

Observe-se o julgado que segue:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANO MORAL CONFIGURADO. DISSABORES QUE ULTRAPASSAM O MERO ABORRECIMENTO. VALOR ARBITRADO DE MANEIRA ADEQUADA E PROPORCIONAL. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O dano moral deve ser reputado quando há dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. 2. A fixação do valor da indenização por danos morais, deve ser estipulada observando-se a culpa do ofensor, a concorrência do ofendido, a capacidade econômica das partes e, o caráter punitivo e pedagógico da condenação, norteados pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, à luz do caso concreto. Observados esses requisitos deve ser mantido o quantum indenizatório. 3. Recurso conhecido e desprovido. Diante do exposto, decidem os Juízes Integrantes da 1ª Turma Recursal Juizados Especiais do Estado do Paraná, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos exatos termos do voto. (Recurso Inominado nº 0004948-80.2014.8.16.0031, Relatora Liana de Oliveira Lueders, 1º Turma Recursal dos Juizados Especiais do Paraná, julgado em 07/07/2015, DJ 13/07/2015) (grifo nosso).

Diante do acórdão do julgamento do recurso inominado 0004948-80.2014.8.16.0031, pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Paraná, constata-se que somente foi concedida a indenização por danos morais em razão de ter sido reconhecido dissabor que, fugindo da normalidade, conforme alegado, interferiu de forma intensa no comportamento psicológico do lesado, onde foi causada aflição, angústia e desequilíbrio no seu bem-estar.

Depreende-se que, caso contrário, uma lesão de menor porte levaria à configuração do mero aborrecimento, não dando ensejo a qualquer valor indenizatório.

Nesse contexto, colaciona-se acórdão do julgamento da apelação cível nº 10086150007556001, pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde foi julgado inexistente o dever de indenizar, em razão de estar configurado o mero aborrecimento no caso concreto:

AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDOS DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - COMPRA E VENDA - QUITAÇÃO - COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES - PAGAMENTO - DEVOLUÇÃO DEFERIDA EM DOBRO - DANOS MORAIS - AUSÊNCIA - MEROS ABORRECIMENTOS - INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR - RECURSO DESPROVIDO. – O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. (Apelação Cível nº 10086150007556001 MG, Relator Edison Feital Leite, 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em 4/02/2016, DJ 29/02/2016) (grifo nosso).

Constata-se, portanto, que a jurisprudência utiliza o critério da intensidade da lesão para conceder ou não a indenização por danos morais, sendo reconhecida a sua configuração e devida indenização quando ocorrem agressões que ultrapassem a naturalidade e causem enorme angústia, dor e sofrimento. Sobre o entendimento jurisprudencial, Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 310) afirmam:

Devemos alertar que ao definirmos o dano extrapatrimonial como a lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela, não pretendemos com essas palavras afirmar que só haverá dano moral quando a lesão for grave, ou seja, a partir do momento em que se constate a severidade da ofensa. Aliás, essa é a posição atual de nossos tribunais. Definitivamente repelimos essa ideia, por uma razão singela: todo dano a uma situação existencial é

intrinsecamente grave. Qualquer ofensa a um bem jurídico da personalidade é seria e, se objetivamente constatada, caracterizará o dano moral.

Os ilustres autores supracitados são claros a alertar que é errônea a aferição dos danos morais baseada somente na gravidade da lesão, pois será caracterizado o dano moral caso haja qualquer ofensa a algum direito da personalidade, tendo em vista que qualquer dano dessa natureza merece reparação, por ser intrinsecamente grave.

Portanto, pautando-se a jurisprudência somente no quesito da gravidade da lesão, reputando serem indenizáveis somente os fatos que causem grande dor ou angústia, tirando o sujeito lesado da normalidade, não indenizando as lesões de menor porte, por reputarem ser mero aborrecimento, estar-se-ia aplicando um instituto errôneo, o qual viola drasticamente os direitos da personalidade.

4.2 DA EQUIVOCADA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA

Tendo como base os julgamentos colacionados, é perceptível que a jurisprudência pátria equivoca-se quando tenta equiparar a ausência de dano moral com o mero aborrecimento.

Conforme elucidado, por se tratarem de danos à dignidade da pessoa humana, consubstanciada nos direitos da personalidade, seja qual for a sua intensidade ou grau de violação, deve ser concedida a indenização, reconhecendo-se a existência dos danos morais.

Nessa toada, constata-se que os tribunais ainda não estão seguindo as novas linhas doutrinárias, as quais apontam para a posição essencial que a dignidade humana vem conquistando.

Conforme bem esclarece Schreiber (2014, p. 9):

A dignidade humana não consiste em um conceito de aplicação matemática. A própria percepção do que é ou não é essencial ao ser humano varia conforme a cultura e a história de cada povo, e também de acordo com as concepções de vida de cada indivíduo. Tamanha fluidez não agrada aos juristas, sempre ansiosos por um porto seguro que permita distinguir o certo do errado, o lícito do ilícito, o legítimo do ilegítimo, dando alguma segurança e

previsibilidade às soluções dos conflitos que possam surgir na vida social.

A jurisprudência, diante da enorme volumetria de ações, busca sempre conceitos preestabelecidos que se encaixem no maior número de julgados possível, a fim de finalizar mais rapidamente aos processos. Porém, conforme explicitado, a dignidade humana não é um conceito de aplicação matemática, devendo o julgador analisar minuciosamente cada caso, a fim de proferir uma decisão justa.

Em decorrência grande quantidade de processos visando tal indenização surge, então, a teoria da “indústria do dano moral” que se alicerça no pressuposto de má-fé da vítima, afirmando que muitos buscam o judiciário não por terem sofrido dano indenizável e sim por almejam uma grande indenização pecuniária, sendo uma forma de enriquecimento sem causa. (OLIVEIRA, 2016).

Diante dessa teoria, os tribunais reservaram-se a conceder indenização, conforme explicitado, somente se o dano extrapolar a esfera da normalidade, ou seja, se o dano causar um enorme desconforto, angústia, capaz de fugir da normalidade.

Não se justifica tal entendimento, visto que qualquer lesão, seja qual for sua proporção, ensejará uma indenização proporcional ao agravo, sendo considerado tal procedimento em qualquer sistema jurídico que dê o devido respeito à dignidade da pessoa humana, levando-a a sério.

É conferido ao juiz o perigoso poder/dever de identificar se houve perigo ou abalo aos direitos da personalidade da vítima, e, ainda, o grau do perigo ou abalo, pois aos olhos de quem não pleiteia o ressarcimento, o dano pode ser aparentemente pequeno. Diferentemente de quem pleiteia, que é quem realmente sabe o abalo causado aos seus direitos.

Ao proferir uma decisão de não concessão de indenização por danos morais fundamentada na ocorrência de “mero aborrecimento”, o julgador reconhece que houve um dano causado, porém afirma que este se deu em menor grau. Ao reconhecer o dano, reconhece-se que houve um agente causador, o qual não sofrerá nenhuma sanção.

É certo que, nos casos onde inexistir dano moral, constatando-se através de extensa análise do caso concreto a inexistência de uma violação aos direitos da personalidade, não deverá haver, por conseguinte, a indenização, sob pena de

enriquecimento sem causa. O que se contesta é o fato do uso desenfreado do equívoco instituto do mero aborrecimento pela jurisprudência pátria.

Frise-se que não é de nenhuma facilidade o trabalho do magistrado em analisar as nuances de cada caso, porém, cabe a este tentar, o máximo possível, imaginar a situação passada pela vítima, a fim de constatar a existência ou não de efetivo dano. Nesse contexto, são inúmeros os julgados que causam perplexidade por serem demasiadamente fora da realidade.

Uma dessas decisões foi a do Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de Santos/SP, Joel Birello Mandelli, o qual julgou improcedente ação de indenização por danos morais em decorrência de erro médico, no processo de nº 0008760-81.2012.8.26.0562. Na ocasião, uma paciente pleiteou indenização pelo fato de terem sido esquecidas compressas cirúrgicas dentro do seu ventre, o que lhe causou enorme desconforto e dores abdominais por um considerável interstício temporal. Frise-se, ainda, que, em decorrência de tais dores, houve falso diagnóstico de tumor, o que acarretou nova operação, onde foi constatado que haviam corpos estranhos emendados à parede do intestino da paciente. A referida operação ocasionou sua internação por mais de 8 dias, com dreno, o que a impossibilitou de amamentar o filho recém-nascido. (FUCCIA, 2016).

É de fácil constatação, por qualquer indivíduo, que houve inimaginável constrangimento por parte da paciente, devendo esta ser compensada através de indenização, o que minoraria o sofrimento causado.

Não foi o que o magistrado competente entendeu. Em sua sentença, concluiu que o fato de terem sido esquecidas compressas cirúrgicas dentro da paciente deve ser considerado desventura desta, não podendo ser atribuída a responsabilidade ao médico que realizou a cirurgia, nem ao hospital onde foi realizada, tratando-se de mero aborrecimento decorrente de situação cotidiana comum em tais casos. (FUCCIA, 2016).

Tal situação desarrazoada causa enorme inquietude, principalmente de não ser um caso isolado. Os julgadores, mesmo sem perceber, podem estar enviando um encorajamento ao mercado, podendo influenciar a negligência quanto ao fornecimento de produtos e serviços, por parecer uma prática isenta de punição, prejudicando os consumidores. Nesse contexto, cumpre destacar algumas consequências negativas da configuração do mero aborrecimento.

4.3 DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA

O mencionado comportamento dos tribunais vem causando um viés negativo, consubstanciado na teoria da “indústria do mero aborrecimento”, pois quem decide se houve humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade é o juiz e não quem pleiteia, que o fez porque entendeu ter sofrido dano moral indenizável.

Agindo assim, o julgador fere gravemente a dignidade humana e cria uma espécie de excludente de ilicitude, gerando um perigoso contraponto, pois isso pode gerar graves consequências tanto na sociedade, quanto no mercado.

4.3.1 *Da violação à Dignidade da Pessoa Humana*

O critério para julgamento dos danos morais deveria ser a ocorrência de seus elementos, e não o grau lesivo, pois mesmo se tratando de uma lesão em menor grau, a dignidade humana foi ferida e não poderá ser avaliada pelo julgador, devendo ser devidamente reparada, pois, não o sendo, estar-se-ia criando uma espécie de “princípio da bagatela” concernente aos direitos da personalidade, ou seja, se a lesão à dignidade não superar um limite determinado pelo magistrado, não estará apta a ser ressarcida.

Atribuir a ocorrência de danos morais eminentemente em função do grau de dor ou sofrimento da vítima fere drasticamente a dignidade humana, pois o que se torna essencial para sua aferição, além dos outros requisitos, é a violação a algum dos direitos da personalidade que, se ocorrida, enseja, conseqüentemente, a indenização devida.

A respeito da definição do dano moral, afirma Shereiber (2014, p. 17) que:

A toda evidencia, a definição do dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é taticamente impossível. A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão.

O supramencionado autor aponta para a correta definição do dano moral, onde deve-se concentrar sobre o objeto atingido, o qual consubstancia-se no direito da personalidade lesado, e não sobre o grau de dor ou outras consequências eventuais decorrentes da lesão.

Seguindo o raciocínio, Shereiber exemplifica a ocorrência de danos morais caracterizada sem a efetiva dor sofrida pela vítima, afirmando que “a reportagem que ataca, por exemplo, a reputação de paciente em coma não causa, pelo particular estado da vítima, qualquer dor, sofrimento, humilhação. Apesar disso, a violação à sua honra configura dano moral e exige reparação”. (SHEREIBER, 2014, p.17).

Portanto, conforme explicitado, é aspecto lançadiço o grau de dor da vítima dos danos, sendo ele mínimo ou máximo, interessando, para aspectos de aferição da efetiva ocorrência do dano moral, a transgressão do objeto jurídico protegido por lei, ou seja, o direito violado. Frise-se que o critério do grau de sofrimento é de suma importância para que se fixe o valor da indenização, mas, este não possui a força de descaracterizar o dano moral.

Através da errônea configuração do mero aborrecimento, pelo julgador, constata-se que, se a lesão à dignidade não superar um limite determinado pelo magistrado, não estará apta a ser ressarcida. Tal fato viola drasticamente a dignidade, o que é totalmente inconcebível, levando-se em conta o status de proteção que esta detém no ordenamento jurídico pátrio.

Se a dignidade humana foi ferida, esta deve ser devidamente reparada, pois, não o sendo, estar-se-ia criando uma espécie de “princípio da bagatela” concernente aos direitos da personalidade.

Ressalte-se que o mero aborrecimento não consiste em excludente de ilicitude, instituto concernente ao Direito Penal, devendo haver responsabilidade pela violação da dignidade humana, independente do grau. Não é dever do julgador determinar um grau de lesão que ele entenda suficiente para conceder indenização por danos morais.

A dignidade humana e os direitos da personalidade são conceitos que não se valoram, sendo valoradas apenas as nuances da agressão ocorrida, sendo incluída, nessa valoração, a aferição do grau de sofrimento, a reprovabilidade da conduta, entre outros critérios. Não pode imperar a utilização do mero aborrecimento que, por utilizar o grau da lesão sofrida, pode tornar-se uma forma de perdão judicial, pois o

ato ilícito é reconhecido, mas o causador do dano fica livre do dever de pagar a indenização. Conforme exhaustivamente esclarecido, toda violação à dignidade humana deve ser reparada, independentemente do nível do dano (NETO, 2013).

4.3.2 Do envio de estímulos negativos ao mercado

Tendo em vista que a utilização do mero aborrecimento, para justificar a não concessão de indenização por danos morais, consubstancia-se em excludente de ilicitude, tal fato gera um perigoso contraponto, pois pode acarretar graves consequências tanto na sociedade, quanto no mercado.

A sociedade está sendo prejudicada pela atuação discreta e ineficaz da Justiça nesses casos. Evidencia-se principalmente no âmbito das relações consumeristas, onde as empresas, seja qual for o porte, aumentam seus lucros e faturamentos, o que é diretamente proporcional ao aumento dos danos causados e à insatisfação social diante dos serviços mal prestados. Tal fato é de simples dedução, visto que entre as empresas mais acionadas judicialmente estão entre as maiores empresas brasileiras.

Assim, aumentam os danos praticados em decorrência da isenção de responsabilidade criada quando caracterizado o mero aborrecimento pelo judiciário, pois há a certeza, pelas empresas, de que não haverá responsabilização, além do fato das condenações pecuniárias corresponderem a uma parcela muito pequena de suas despesas. Ou seja, se o fato de ser concedida indenização, mesmo que de baixo valor, não diminui os atos danosos praticados pelas empresas brasileiras, caso não haja sequer indenização, a situação piora drasticamente.

Cria-se um ciclo vicioso, onde todos saem prejudicados, inclusive as empresas causadoras de danos, que gastam, pela quantidade de litígios, com advogados, prepostos e, quando condenadas, com a quantia referente ao somatório das condenações, podendo investir esse capital em desenvolvimento da sua atividade empresária e em melhoramentos no serviço, pois, com a excludente de ilicitude gerada pela configuração do mero aborrecimento, as empresas não gastarão com precauções e prevenções de riscos ao consumidor sabendo que não há responsabilização.

O Judiciário se prejudica pelo descrédito quanto a sua eficácia, pois falta acesso efetivo à Justiça, e pela alta demanda de trabalho que tem de enfrentar. As

vítimas sofrem emotivamente por demandas longas, devido à grande quantidade de causas desse tipo, aumentando o sofrimento pela negativa de indenização.

Assim, fica o cidadão lesado, principalmente o consumidor, refém dessa inquietante situação, comparado ao que ocorreria caso os danos fossem efetivamente ressarcidos, mesmo que de menor porte, agindo corretamente o Estado-juiz frente às ilicitudes. Sendo assim, da efetiva prestação judicial, haveria a precaução dos danos, a fim de se evitar o pagamento de indenizações.

Amanda Flávio de Oliveira, professora decana de Direito Econômico da UFMG e presidente do BRASILCON, alerta para a possível criação de uma “indústria do mero aborrecimento”:

A verdade é que pode ter sido criada a “indústria do mero aborrecimento” no Brasil. O Judiciário nacional, ainda que não o perceba, pode estar enviando estímulos ao mercado de que vale a pena ser negligente com os consumidores ou descuidado com os produtos e serviços que fornece. Do ponto de vista da competitividade entre as empresas, esse incentivo pode ser nefasto, muito mais do que o da alegada “indústria do dano moral”. É sabido que fornecer produtos e serviços seguros e de boa qualidade custa caro. É igualmente notório que o custo de se respeitar os padrões da lei é repassado no preço. Contudo, se o desrespeito não é punido economicamente, o produto inseguro e de qualidade duvidosa se torna mais barato e tende a ganhar mercado por esse motivo. (PEREIRA, 2016).

Nesse contexto, o judiciário deve atentar-se ao máximo, a fim de proferir decisões justas e pautadas nos preceitos constitucionais. A utilização desenfreada da tese do mero aborrecimento, em contrapartida, pode gerar graves danos ao desenvolvimento econômico nacional.

O problema com tais decisões é tão evidente que foi criada uma campanha, pela Ordem dos Advogados do Brasil, denominada “mero aborrecimento tem valor”. Tal campanha tem como objetivo realizar levantamentos das decisões fundamentadas no mero aborrecimento, a fim reportar ao Conselho Nacional de Justiça, além de servir como base para estudos relacionados à matéria. (VIEIRA, 2016).

Falta, claramente, o entendimento de que a condenação dos causadores de dano ao pagamento de indenização por danos morais, de fato, tende vigorosamente a prevenir que haja novos atos ilícitos, mesmo que a condenação seja em menor valor. Assim, conforme elucidado, os magistrados devem atuar de forma mais

enérgica no que tange às indenizações dessa natureza, obviamente, respeitada a aferição razoável, virtuosa e centrada nas circunstâncias de cada caso concreto.

4.4 DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL DIANTE DA CONFIGURAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO

Por conseguinte, demonstra-se que é possível a reparação do dano moral diante da ocorrência do mero aborrecimento, pois ao se justificar a não concessão da indenização ao requerente na ocorrência de um dano mínimo, estar-se-ia gerando a impunidade ao agente causador do dano.

Demonstra-se, também, que o caminho para frear o constante crescimento de demandas judiciais, que objetivam a reparação de um dano moral sofrido, não seria um julgamento improcedente baseado na ocorrência de um “mero aborrecimento”, pois a dignidade humana é inestimável, o que é estimável são as circunstâncias em que ocorreu a agressão, o seu nível, e as circunstâncias no caso concreto. Sendo assim, não pode o julgador reconhecer uma agressão à dignidade humana, mesmo que em menor grau, e não a ressarcir, pois estar-se-ia ferindo gravemente tal fundamento.

A partir do correto julgamento das lides envolvendo danos morais, onde todas as violações à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade seriam indenizadas, mesmo que em menor valor, a sociedade iria se beneficiar, pois seriam melhorados aspectos gerais da sociedade e do mercado, tais como o atendimento, educação, hospitalidade, qualidade dos serviços e produtos, qualidade técnica, higiene, ofertas, comprometimento ambiental, além de outros, tanto em decorrência da moderação de atitude dos agentes causadores de dano quanto ao cometimento de novos ilícitos, diante da cautela que estes agentes teriam antes de cometerem a lesão, como na economia processual no Poder Judiciário, gerada por essa provável diminuição nas ações lesivas.

No caso do mercado, reprimidas em razão das indenizações, mesmo que de menor monta, as empresas e prestadores de serviço iriam, certamente, investir mais em qualidade dos serviços e produtos prestado, buscando, objetivamente, a satisfação do cliente e diminuição dos riscos da atividade.

É certo que as inúmeras demandas que buscam indenização por danos morais, como acontece atualmente, significam um custo muito grande e abarrotam o

judiciário, causando a morosidade. Havendo a efetiva prestação jurisdicional, se terá, certamente, bem menos razões para os cidadãos buscarem a justiça a fim de pleitear indenização decorrente de danos morais, o que melhoraria exponencialmente o problema da lentidão processual em geral. Desse modo, é visível a possível diminuição na prática de atos lesivos à dignidade humana, assim como a melhoria na qualificação dos serviços e produtos oferecidos no mercado de consumo, desincentivando a responsabilização dos infratores em geral, condenando-os por danos morais.

É importante se frisar que a tendência seria de melhoria da sociedade como um todo, em especial a melhoria na prestação do Judiciário, com a efetiva proteção dos seus direitos difusos e do crescimento do sentimento de justiça social, colocando-se o Poder Judiciário brasileiro no seu devido papel de buscar incondicionalmente da justiça material, com a pacificação de conflitos individuais e sociais, refletida na efetividade de suas decisões em cada caso concreto.

A busca por menos processos e, como isso, menos burocracia, ensejaria mais credibilidade e eficácia a Justiça e provocaria a diluição da energia para outras demandas, gerando um verdadeiro desentrelaçamento dos aparatos judiciários.

A confiabilidade no Judiciário é proporcional a garantia da tutela judicial adequada, tempestiva, eficaz, ou seja, da prestação jurisdicional tendente ao mais justo.

Conclui-se, portanto, que há uma possibilidade de reparação do dano moral diante da configuração do mero aborrecimento, pois se houve um dano à dignidade humana, fundamento enraizado em nossa Carta Magna, deverá haver uma punição, como também um ressarcimento a este dano, mesmo que em menor grau. Não o sendo, estar-se-ia ferindo gravemente o fundamento supracitado, gerando impunidade e um incentivo a práticas abusivas no cotidiano social e econômico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a temática abordada, não restam dúvidas de é possível a reparação do dano moral, mesmo que mínimo, diante da configuração do mero aborrecimento pela jurisprudência majoritária, sendo esta equivocada. A dignidade da pessoa humana é fundamento basilar da Constituição Federal, consubstanciando-se nos direitos da personalidade, os quais merecem especial proteção, devendo ser reparada qualquer violação a tais direitos.

Consoante o apresentado, tem-se que a responsabilidade civil foi surgindo paulatinamente, de diferentes formas, ganhando importante assento nos ordenamentos jurídicos, não sendo instituto repentino, mas decorrente das individualidades de cada sociedade e período histórico, sendo, dessa forma, impulsionado por circunstâncias distintas.

Partindo dessa premissa, analisou-se seu conceito e suas espécies, para que se pudesse adentrar no instituto dos danos morais. Verificaram-se os pressupostos da responsabilidade civil, a fim de apontar para a configuração do dever de indenizar e a importância de cada pressuposto para que ocorra a devida indenização.

Tratou-se sobre os danos morais, seu conceito, assim como a sua origem e sua evolução do direito brasileiro. O dano moral tornou-se pacificado e positivado pela doutrina e jurisprudência pátria, sendo conferido ao ordenamento jurídico brasileiro a garantia à reparabilidade não só do dano patrimonial, mas também do moral, como assegura a Carta Magna e o Código Civil.

Com essa positivação e aceitação pelos tribunais, a busca pela indenização em relação ao dano moral sofrido vem aumentando, o que trouxe também a problemática acerca do que seria realmente o dano moral e qual a sua extensão.

Os danos morais estão diretamente ligados à dignidade humana, pois, conforme a Constituição Federal, tal dano fere os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, entre outros, ou seja, atinge o indivíduo como pessoa.

Portanto qualquer dano moral, independente da intensidade, deveria ser levado em consideração para fins de concessão de uma indenização, pois houve uma transgressão aos direitos de personalidade.

O último capítulo forma uma ligação entre os anteriores, apontando para o surgimento do termo “mero aborrecimento”, adotado pela jurisprudência. O

entendimento da jurisprudência majoritária afirma ser um fato contumaz e imperceptível que não atinge a esfera jurídica personalíssima do indivíduo, sendo um fato da vida e, portanto, não repercutindo ou alterando o aspecto psicológico ou emocional de alguém.

Tal termo é amplamente utilizado como fundamento para a não concessão de indenização por danos morais, por afirmar o julgador que se trata de um dano de “menor grau”, o qual não necessita ressarcimento. Diante dessa teoria, os tribunais reservaram-se a conceder indenização somente se o dano extrapolar a esfera da normalidade, ou seja, se o dano causar um enorme desconforto, angústia, capaz de fugir da normalidade.

Nesse contexto, especificou-se que, tendo em vista que a utilização do mero aborrecimento, para justificar a não concessão de indenização por danos morais, consubstancia-se em excludente de ilicitude, tal fato gera um perigoso contraponto, pois pode acarretar graves consequências tanto na sociedade, quanto no mercado.

Nesse ínterim, demonstrou-se que o critério para julgamento dos danos morais deveria ser a ocorrência de seus elementos, e não o grau lesivo, pois mesmo se tratando de uma lesão em menor grau, a dignidade humana foi ferida e não poderá ser avaliada pelo julgador, devendo ser devidamente reparada, pois, não o sendo, estar-se-ia criando uma espécie de “princípio da bagatela” concernente aos direitos da personalidade, ou seja, se a lesão à dignidade não superar um limite determinado pelo magistrado, não estará apta a ser ressarcida.

Afere-se, portanto, que há uma possibilidade de reparação do dano moral diante da configuração do mero aborrecimento, pois se houve um dano à dignidade humana e, conseqüentemente aos direitos da personalidade, enraizados em nossa Carta Magna, deverá haver uma punição, como também um ressarcimento a este dano, mesmo que em menor grau. Não o sendo, estar-se-ia ferindo gravemente os direitos supracitados, gerando impunidade e um incentivo a práticas abusivas no cotidiano social e econômico.

Desta feita, a presente pesquisa atinge o seu objetivo geral, que a analisa da possibilidade de ressarcimento do dano moral sofrido diante da configuração do “mero aborrecimento” sob a prisma da Constituição Federal, do ordenamento jurídico e da jurisprudência pátria de modo a identificar a real aplicabilidade da indenização independentemente do nível do dano causado. Nesse sentido atingiu, por conseguinte, os seus objetivos específicos, quais sejam: a crítica, à luz do

ordenamento jurídico pátrio, sobre a utilização constante do instituto do “mero aborrecimento” como justificativa para a não concessão da indenização em razão de danos morais sofridos, demonstrando a sua equivocada aplicação.

A investigação, sob a luz da Constituição Federal e jurisprudências pátrias, da possibilidade do “mero aborrecimento” ensejar a concessão de indenização por dano moral em decorrência da existência de um dano violador da dignidade humana, mesmo em menor gravidade, expondo a sua possibilidade.

O destaque das graves consequências na sociedade e no mercado dos julgados que não concedem indenização por danos morais sobre a justificativa da ocorrência do “mero aborrecimento”.

E, por fim, a identificação de possíveis aperfeiçoamentos a serem feitos de forma a garantir a plena concessão da indenização por dano moral em razão de um dano causado, independente da gravidade deste, através da devida indenização aos danos causados, mesmo que mínimos, sob pena de estar-se ferindo gravemente a dignidade humana e os direitos da personalidade, gerando impunidade e um incentivo a práticas abusivas no cotidiano social e econômico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de jun. 2016.

_____. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 de jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10086150007556001 MG**, Relator Edison Feital Leite, 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em 4/02/2016, DJ 29/02/2016. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/309655072/apelacao-civel-ac-10086150007556001-mg>>. Acesso em: 26 de jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Recurso Inominado nº 0004948-80.2014.8.16.0031**, Relatora Liana de Oliveira Lueders, 1º Turma Recursal dos Juizados Especiais do Paraná, julgado em 07/07/2015, DJ 13/07/2015. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/208257188/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-494880201481600310-pr-0004948-8020148160031-0-acordao>>. Acesso em: 26 de jun. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

FILHO, Cavalieri, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FUCCIA, Eduardo Velozo. **Compressa esquecida dentro de gestante não é erro médico, decide juiz**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-22/compressa-esquecida-dentro-degestante-nao-erro-medico-juiz>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4 - Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo. **Danos morais e direitos da personalidade**. <https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 03 de jun. 2017.

NETTO, Adalberto Pinto de Barros. **Mero dissabor**: Uma real agressão à dignidade humana. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=26d6e896db39edc7>>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **A Indústria do Mero Aborrecimento**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/52130/artigo-a-industria-do-mero-aborrecimento>>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHEREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. IV - Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VIEIRA, Thiago Noronha. **“O Judiciário é responsável pela não aplicação do Código de Defesa do Consumidor”, diz presidente de comissão**. Disponível em: <<https://thiagonvieira.jusbrasil.com.br/noticias/376176639/o-judiciario-e-responsavel-pela-nao-aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-diz-presidente-de-comissao>>. Acesso em: 04 de jul. 2017.