

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO DE DIREITO**

CLARIMUNDO SÉRGIO FERREIRA DUARTE

A INDÚSTRIA DO DANO MORAL NO ÂMBITO CIVEL

RUBIATABA - GO

2015

CLARIMUNDO SÉRGIO FERREIRA DUARTE

A INDÚSTRIA DO DANO MORAL NO ÂMBITO CIVEL

Monografia apresentada à
FACULDADE DE CIÊNCIAS E
EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER,
como requisito para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito, sob a
orientação da Professora Leidiane de
Morais e Silva.

De acordo e recomendado para a banca.

Professora Orientadora

RUBIATABA - GO

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO
CLARIMUNDO SÉRGIO FERREIRA DUARTE

A INDÚSTRIA DO DANO MORAL NO ÂMBITO CIVEL

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER

RESULTADO: _____

Leidiane de Moraes e Silva
Orientadora

Examinador 1

Examinador 2

RUBIATABA - GO
2015

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, pois, sem Ele não teria concluído essa etapa de minha vida, é Ele quem está sempre do nosso lado, Deus está presente em toda parte, em sua majestade e poder. Ele é o nosso refúgio e a nossa fortaleza, com o Senhor somos sempre vencedores. “Bem sei que tudo podes, e nenhum dos teus planos pode ser frustrado” (Jó 42, 2).

Dedico este trabalho para as pessoas especiais da minha vida, em especial aos meus pais: Kelve Pedro e Angela Maria, que nunca mediram esforços para me proporcionar oportunidades para a realização deste curso de bacharelado em Direito dentre esses cinco anos, me dando sempre apoio e condições para alcançar meus objetivos e realizar um dos meus grandes sonhos. Nunca me esquecerei de todas as dificuldades que eles enfrentaram para que eu pudesse estudar e concluir essa etapa. Serei eternamente grato pelo amor demonstrado em todos os momentos, sou grato pela educação que me deram e pelo amor que sempre demonstraram por mim. Obrigada meus amados pais por não terem desistido de mim. Agradeço também aos meus irmãos Keven Ferreira e Larissa Ferreira e pelo apoio da minha namorada Elissandra Campos.

Aos professores que estiveram presentes no decorrer desses cinco anos e tanto contribuíram para minha formação acadêmica. Em especial, a Prof.^a Leidiane de Moraes e Silva que esteve presente me auxiliando com seu conhecimento e experiência para que, assim pudesse concluir com êxito este trabalho.

A todos que de forma direta ou indireta contribuíram para minha formação pessoal e intelectual no decorrer de minha vida.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê. (Arthur Schopenhauer)”

RESUMO

O presente trabalho a ser realizado, tem como tema “A indústria do dano moral”, este trabalho tem como objeto de estudo fazer uma análise de como tem sido aplicada a indenização por danos morais nos judiciários deste país, bem como a importância do referido instituto na sociedade. O ordenamento jurídico pátrio estabelece que quem causar dano a outrem será obrigado a repará-lo, ou ao menos tentar restabelecer a vítima ao status quo ante, o que, segundo a lei, se materializa através de uma indenização pecuniária. Entretanto, o que acontece atualmente no Brasil é uma verdadeira banalização da reparação por danos morais, uma vez que o Judiciário encontra-se abarrotado de pedidos de indenização que nada tem a ver com o abalo moral, pois trata-se apenas de aborrecimentos corriqueiros, que não provocam nenhum prejuízo de ordem moral. Esta situação nos leva a fazer uma análise detalhada de quais são os motivos que tem contribuído para esta crítica realidade e o que pode ser feito no contexto jurídico para a valorização deste instituto tão importante e necessário.

Palavras-chaves: Dano moral. Indenização. Indústria. Banalização.

ABSTRACT

This work to be carried out, has as its theme "the industry of moral damage", this work has as object of study do an analysis of how it has been applied to compensation for moral damage in the judiciary of this country, as well as the importance of the aforementioned Institute in society. The native legal system establishes that who to cause outrem to damage will be obliged to repair it, or the least to try to reestablish the victim to the status quo before, what, according to law, if materialize through a pecuniary indemnity. However, what it happens currently in Brazil is a true banalization of the repairing for pain and suffering, a time that the Judiciary one meets overloaded of claim that nothing has to see with it shakes moral, a time that is only current annoyances, that do not provoke no damage of moral order. This situation takes in them to make an analysis detailed of which is the reasons that have contributed for this critical reality and what it can be made in the legal context for the valuation of this so important and necessary institute.

Keywords: Moral Injury. Compensation. Industry. Banalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 A Origem da Palavra Responsabilidade Civil.....	12
1.2 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil.....	14
1.3 Conceituação do instituto.....	16
1.4 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.....	19
1.5 Elementos Fundamentais da Responsabilidade Civil.....	21
1.5.1 Conduta Do Agente.....	23
1.5.2 Culpa Do Agente.....	24
1.5.3 Dano E Nexo Causal.....	25
CAPÍTULO II – DO DANO MORAL	29
2.1 Evolução Histórica Do Dano Moral No Brasil.....	29
2.2 Conceito De Dano Moral.....	34
2.3 Tipos De Dano Moral.....	36
2.3.1 Dano Moral Direto.....	37
2.3.2 Dano Moral Indireto.....	38
2.4 Não Configuração Do Dano Moral.....	39
2.4.1 Culpa Da Vitima.....	39

2.4.2 Fato De Terceiro.....	41
2.4.3 Caso Fortuito e Força Maior.....	43
2.4.4. Legítima Defesa.....	45
2.4.5 Estado De Necessidade.....	46
2.4.6 Exercício Regular De Direito E Strito Cumprimento Do Dever Legal.....	47
CAPÍTULO III – A INDÚSTRIA DE DANOS MORAIS NO BRASIL.....	49
3.1 Dano Moral X Mero Aborrecimento.....	49
3.2 Fixação Do Quanto Indenizatório.....	53
3.3 Reflexo No Judiciário Brasileiro.....	55
3.4 Causas Da Banalização Do Dano Moral.....	60
3.4.1 A Subjetividade e o Bom Senso do Juiz.....	60
3.4.2 Leis Dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95).....	61
3.4.3 Assistência Judiciária Gratuita (Lei nº 1.060/50).....	63
3.5 Combatendo A Indústria dos Danos Morais.....	65
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo fazer uma análise de como tem sido evoluído a indenização por danos morais no Brasil.

A questão do dano moral é um tema que merece atenção especial no contexto jurídico contemporâneo.

Grandes quantidades de pedidos de indenização por dano moral se avolumam e se amontoam em varas cíveis de todo o país, sendo relevante considerar que muitos deles se fundam em pedidos inconsistentes.

O crescimento exagerado de processos por este tipo de dano fez merecer comparação à indústria? e lamentavelmente, o desonroso título de “indústria do dano moral”, expressão utilizada no meio jurídico para se referir a este excesso de pedidos indenizatórios.

O fato é que a indústria do dano moral infelizmente é uma realidade no Brasil. Este excesso de pedidos indenizatórios tem gerado um reflexo negativo em nosso Poder Judiciário, pois acabam por abarrotar a mesa dos juízes.

Os processos a cada dia vão se acumulando, o número de magistrados nem sempre é suficiente para o julgamento das demandas e, conseqüentemente se instala a morosidade no julgamento de outras causas consideradas mais urgentes.

A indenização por dano moral deve sim existir, mas para que ela seja concedida, deve-se levar em consideração que o dever de indenizar pressupõe a existência de três requisitos cumulativos, quais sejam: a existência do dano, a ocorrência da conduta culposa e o nexo de causalidade entre o referido dano e a conduta, e não o motivo do mero aborrecimento o qual todos nós passamos todos os dias

Imprescindível também é estabelecer a diferença entre dano moral e mero aborrecimento, uma vez que dano moral é uma dolorosa e imensurável sensação experimentada pelo indivíduo, diferentemente de meros aborrecimentos do dia-a-dia que nada mais são do que contrariedades do cotidiano e não revelam nenhum abalo moral ou sofrimento íntimo.

Diante dessa realidade, necessário se faz o aprofundamento do debate sobre as causas que têm contribuído para o crescimento dessa situação, e as providências a serem tomadas a fim de evitá-las.

A metodologia utilizada será a jurídico-teórica, através de pesquisa na internet e também bibliográfica, onde buscaremos os aspectos históricos, conceituais e doutrinários pertinentes ao tema em tela.

Neste estudo, começaremos definindo o dano moral, para uma melhor interpretação do tema proposto.

Logo em seguida, será feita uma breve evolução histórica do dano moral em outras civilizações “código de Hamurabi”, até sua aceitação no Direito Brasileiro.

Na parte final, apresentaremos uma breve explanação de como o dano moral tem sido um instituto importante dentro do ordenamento jurídico pátrio, e então, entraremos no cerne da questão, abordando sobre a existência de uma “indústria” de danos morais no Brasil, bem como evita-la.

CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1- A Origem Da Palavra Responsabilidade Civil

O termo "responsabilidade" tem sua origem na raiz latina *respondere de sponde* (prometer), no sentido em que o obrigado estaria assumindo um compromisso, uma responsabilidade, o que significa responder a alguma coisa.

Neste sentido a lição de Henri Lalou citado por Inácio de Carvalho Neto: “Existe, aliás, na expressão responsabilidade, a palavra latina *spondeo* pelo qual nos contratos verbais em Roma, o devedor se ligava solenemente”. (NETO, 2002, p. 21 e 22).

Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6).

O termo responsabilidade Civil, conforme a definição de Plácido e Silva é:

“Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção” (SILVA, 2010, p. 642).

Assim expõe Carlos Roberto Gonçalves:

“A palavra “responsabilidade” é a evolução do vocábulo latino *re-spondere*, que tem com significado o conceito de segurança, restituição ou compensação. Desta forma, teria o sentido de obrigação de restituir ou ressarcir”. (GONÇALVES, 2010, p.15)

A responsabilidade civil é tida como a obrigação de reparar, mediante indenização, geralmente pecuniária, o dano causado a outrem. É uma garantia, uma correspondência, uma equivalência de contraprestação, uma repercussão obrigacional da atividade humana danosa à outra pessoa.

Assim estabelece Maria Helena Diniz:

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”. (DINIZ, 2003, p. 35)

Silvio Rodrigues define responsabilidade civil como sendo “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”. (RODRIGUES, 2002, p.6).

Sabe-se que a responsabilidade gera o dever de indenizar, de reparação de dano, de restauração do equilíbrio, sempre que, em decorrência de uma violação de determinada norma, surgirem danos, sejam esses decorrentes de culpa ou de qualquer outra circunstância que obrigue o responsável a restaurar o *status quo ante*. Cumpre-se ressaltar que são os conceitos apresentados etimológicos e doutrinários, posto que o Código Civil Brasileiro de 2002 não definiu o instituto.

Maria Helena Diniz ensina acerca da responsabilidade:

A responsabilidade civil cinge-se à reparação do dano moral ou patrimonial causado, garantindo o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento do prejuízo, restabelecendo-se na medida do possível. Hodiernamente, o princípio que domina a responsabilidade civil é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da completa reposição da vítima à situação anterior à lesão, por meio:

De uma reconstituição natural (sanção direta), por exemplo, no delito contra a reputação, a publicação, pelo jornal, de desagravo; no dano estético, mediante cirurgia plástica; no caso de poluição, a remoção do aparato causador do dano ou;

De indenização (sanção indireta) que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento. Deveras, comumente, dá-se pagamento de certa soma em dinheiro, mesmo na reparação de danos morais, como os alusivos à honra, à vida, à imagem, hipóteses em que se configura a execução por equivalente, sempre em atenção às alterações do valor do prejuízo, posteriormente, a sua ocorrência, inclusive desvalorização monetária. (DINIZ, 2003, p. 38)

Em seu sentido etimológico e também no sentido jurídico, a responsabilidade civil está atrelada a ideia de contraprestação, encargo e obrigação. Entretanto é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. “A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 3).

Surge a responsabilidade a todo momento que for violado algum direito, obrigando o autor da violação a reparar ou compensar o bem jurídico protegido.

1.2 Evolução Histórica Da Responsabilidade Civil

O sentido histórico designa a origem de qualquer instituto jurídico, isto é, os monumentos ou documentos onde o pesquisador encontra os elementos de seu estudo. Nesta acepção o doutrinador faz referência à evolução histórica da responsabilidade Civil no Direito Romano nos primórdios da humanidade, em que não se cogitava do fator culpa e tinha como punições tanto quanto barbaras. “(...) O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido”. (GONÇALVES, 2010, p. 22).

Silvio de Salvo Venosa explica que:

O conceito de reparar o dano injustamente causado somente surge em época relativamente recente da história do Direito. O famoso princípio da Lei do Talião, da retribuição do mal pelo mal, "olho por olho", já denota uma forma de reparação do dano. Na verdade, o princípio é da natureza humana, qual seja, reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social. A sociedade primitiva reagia com a violência. O homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico (VENOSA, 2013, p 18).

A reparação do dano causado injustamente através da lei de talião teve seu surgimento em 1780 a.C., época esta que marcou a história do Direito. O princípio da Lei do Talião, onde se retribuía o mal pelo mal, “olho por olho”, já demonstrava uma forma de reparação do dano. Onde na verdade o princípio é o da natureza humana, o de reagir a qualquer mal injusto contra a pessoa, família ou grupo social. A reação da sociedade primitiva, que se dava de forma violenta, ocorreria na atualidade, não fosse a proibição prevista no ordenamento jurídico.

A desenvolvimento da responsabilidade civil se mostra com o objetivo de encontrar um equilíbrio social. “Este instituto é dinâmico, pois tem de adaptar-se-á constante transformação que envolvem a sociedade, buscando restabelecer o equilíbrio desfeito na ocasião do dano”. (DIAS, 2006, p. 25).

Cavaliere filho explica que:

O Código de Hamurabi, por exemplo, assim denominado em homenagem ao monarca de Babilônia, que o mandou elaborar, e que viveu, calcula-se, no século XVIII antes de Cristo, estabeleceu várias disposições, reparatorias do dano prejuízo causado pelo agente do fato. Assim, por exemplo, Se seu escravo roubasse um boi, uma ovelha, um asno, um porco ou uma barca, caso pertencesse a um deus ou palácio, deveria pagar até trinta vezes mais; se pertencesse a um cidadão livre, dentre as classes do proprietários, soldados, pastores e outros, restituiria até dez vezes mais. Se o ladrão não tivesse com que restituir, seria morto. (CAVALIERI FILHO, 1993, p. 1 e 2).

Como se pode ver em relatos históricos, em que nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Assevera Carlos Roberto Gonçalves:

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocado a reação imediata, instintiva e bruta do ofendido, não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal, (Gonçalves, 2009 p. 06).

Em uma segunda fase, surge o período da “composição voluntária”, através do entendimento de que seria muito mais vantajoso e racional, substituir a pena de Talião pela compensação econômica. Por esse sistema, o autor da agressão repara o mal que proporcionara à vítima, compensando-a com o pagamento de certa quantia em dinheiro ou bens. Desta forma, o prejudicado recebe as vantagens e benefícios que a da substituição da vingança lhe gera. A vingança passa a ser substituída pela composição, subsistindo como forma de reintegração pela lesão sofrida.

Adverte Caio Mário da Silva Pereira, afirma que

A maior revolução nos conceitos *jus romanísticos* em termos de Responsabilidade Civil se deu com a Lex Aquilia, que tem data incerta possivelmente em fins do século III ou início do século II a.c., com tudo é originária de um plebiscito pelo tribuno Aquilo. (PEREIRA, 1990, p. 6).

Ainda afirma Silvio de Salvo Venosa, que por esse instituto, o sistema romanístico extrai “o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independente de relação obrigacional preexistente”.

Pablo Stolze assim aborda;

A inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela idéia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916. (STOLZE, 2009, p. 12).

Com tudo, tendo em vista a insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento, “baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa”. (DINIZ, 2010, p. 12).

Muito embora predominasse o princípio “olho por olho e dente por dente”, da Lei de Talião, que anunciava o direito da vingança da vítima para restituir na mesma proporção o dano causado; havia casos especiais em que a obrigação de uma pena econômica era estabelecida como forma quase que alternativa de se proporcionar à vítima uma satisfação compensatória; isso em pagamento de “ciclos de prata”. Assim, os babilônios estabeleciam penalidades pecuniárias para os casos de dano moral, e somente quando estes meios eram frustrados, é que se aplicava a pena de talião.

1.3 Conceituação do instituto

Observa-se primeiramente, o significado da palavra ‘dano’ no Dicionário da língua portuguesa: “mal que se faz a alguém; prejuízo causado por alguém em coisas alheias; perdas”. (GARCIA, Hamílcar de, et.al. Dicionário da língua portuguesa, 1980, p. 734)

No mesmo sentido, Pontes de Miranda preleciona “dano é a perda, dano é o prejuízo sofrido.” (MIRANDA, 1984, p. 23)

No entanto, Luiz Antônio Rizzatto Nunes e Caldeira interpretam o ‘dano’ como: “[...] estrago; é uma danificação sofrida por alguém, causando-lhe prejuízo; implica, necessariamente, a diminuição do patrimônio da pessoa lesada.” (NUNES, 1999, p.1)

Segundo Carlos Alberto Bittar o dano pode se originar:

[...] seja de quebra de dever geral do ordenamento jurídico, seja de inexecução de obrigação, legal ou contratual, seja como resultado de fato relacionado com o exercício de atividades que, pela natureza, ou pelos meios, se consideram perigosas, como, por exemplo, a perda de componentes de automóvel, em acidente de trânsito; perda de negócios derivada de ruptura injusta de contrato; a lesão sofrida em razão de emanções poluidoras provindas de determinada indústria; o vexame suportado por alguém pela veiculação de notícias falsa e deletéria em jornal; o constrangimento injusto imposto a alguém pelo uso indevido de criação intelectual de sua autoria, e assim por diante. Pode advir de pessoa ou entidade, relacionada, ou não, com o lesado, que, por ação ou por omissão, de caráter injusto, alcança elementos de sua esfera jurídica geral, com reflexos negativos em seu patrimônio e/ou em sua personalidade. Há, assim, dano simplesmente patrimonial ou moral, ou das duas ordens, conforme a hipótese, sempre com a possibilidade de reparação na área jurídica. (BITTAR, 1999, p. 255)

Verifica-se, pois, que o dano é o prejuízo experimentado por alguém em razão de ação ou de omissão de outrem.

Contudo vale conceituar e distinguir os danos que podem ser: dano material e dano moral, este último que é o coração do presente trabalho. Material é o dano que atinge somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que afeta o indivíduo como ser humano, não produzindo qualquer efeito patrimonial.

O vocábulo ‘moral’ deriva do latim *moralis* (relativo aos costumes) e indica a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios de humanidade. A moral, assim, tem âmbito mais amplo que o Direito, escapando à ação deste muitas de suas regras, impostas aos homens como deveres.

Encontra-se nas diversas literaturas de diferentes autores muitas outras interpretações sobre moral, demonstrando, assim, a grande importância do assunto. Deste modo, valem destacar algumas dessas interpretações presentes na doutrina.

Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes “moral, pode-se dizer, é tudo aquilo que está fora da esfera material, patrimonial do indivíduo. Diz respeito à alma, aquela parte única que compõe sua intimidade. [...]”. (NUNES, 1999, p.1)

Para Wilson Melo Silva a moral:

“É o patrimônio ideal da pessoa, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afeta o patrimônio material.” (SILVA, 1983, p. 1-2).

Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

Assim, o dano moral é aquele que afeta a paz interior de uma pessoa, atingindo-lhe o sentimento, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo o que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo.

A imagem denegrida, o nome manchado, a perda do ente querido, ou até mesmo a redução da capacidade laborativa em decorrência de acidente, traduz-se numa dor íntima. (NUNES. 1999, p. 1)

Rui Stoco preleciona que “a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa.” Deste modo, “os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado” (STOCO, 1997, p. 523 e 527).

De Plácido e Silva esclarece

“Assim se diz da ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família.” (SILVA, 2007, p. 410).

Portanto, o dano moral ocorre no plano da subjetividade, na esfera do valores da pessoa enquanto ser social, deriva de práticas atentatórias à personalidade, atinge o patrimônio ideal da vítima, causando-lhe sentimentos negativos, dores, desprestígio, desequilíbrio em sua situação psíquica, transtornos em sua integridade pessoal, moral ou física. Enfim, encontra-se na Constituição Federal de 1988 e no

Código Civil brasileiro de 2002 no que diz a respeito dos direitos da personalidade e os seus cinco ícones principais: direito à vida e à integridade física; direito ao nome; direito à honra; direito à imagem; direito à intimidade.

Define-se o dano moral, o sofrimento psicológico experimentado por uma pessoa em relação a qualquer acontecimento ensejador daquele.

1.4 - Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

A ideia de culpa está profundamente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela de um devido processo legal.

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano, pois na responsabilidade civil objetiva, não é necessário a caracterização da culpa por parte do agente, tornando-se irrelevante para o ordenamento jurídico se o agente que causou o dano agiu com dolo ou culpa, devendo este arcar com o prejuízo causado ainda que não tenha agido com culpa.

A responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei.

Neste sentido, versa Maria Helena Diniz,

A corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da ideia de culpa, baseando-o na atividade lícita ou no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados. Assim o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa. (DINIZ, 2007, p. 50).

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas (culpa da vítima ou força maior), com inversão do *onus probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma excludentes, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida.

Com referência ao disposto acima, preceitua Silvio de Salvo Venosa,

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do art. 927. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é ainda a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. (VENOSA, 2010, p. 14).

José Jairo Gomes ensina que:

A teoria objetiva, para que alguém seja responsabilizado a reparar o dano causado, não é necessário que tenha agido com culpa, ou seja, não é de rigor que tenha tido consciência e vontade na realização da conduta danosa. A responsabilização dispensa a perquirição e a prova desses elementos, basta que se patenteie o dano e a relação casual entre ele, e a conduta do agente. (GOMES, 2006, p. 497).

Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

De outro modo, na responsabilidade civil subjetiva é necessário que estejam presentes a culpa ou o dolo por parte do agente, haja vista que tal responsabilidade decorre justamente de dano ocasionado por ato doloso ou culposo caracterizado por negligência ou imperícia do agente, conforme disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Com base no referido dispositivo, fica evidente que a obrigação de reparar o dano é consequência jurídica que advém de ato ilícito.

Assim descreve Maria Helena Diniz,

Na responsabilidade subjetiva o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de “bonus pater familias” deverá ressarcir o prejuízo, se se provar que houve dolo ou culpa na ação. Sua

responsabilidade será individual, podendo ser direta ou indireta. Será direta, quando o agente responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei, nas quais se admite culpa presumida “juris et de jure”, operando-se, conseqüentemente, conforme o caso, a inversão do “onus probandi”, ou ainda, gerando responsabilidade civil objetiva (CC, art. 933). (DINIZ, 2007, p. 53).

Carlos Roberto Gonçalves explica que em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Assim “não havendo culpa, não há responsabilidade 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. (GONÇALVES, 2010, p. 48).

Para José Jairo Gomes:

(...) diz-se subjetiva a responsabilidade em que se perquire a culpa do agente causador do dano. Para que desponte a obrigação de indenizar, devem necessariamente, estarem presentes os seguintes requisitos: a) conduta culposa; b) dano; c) relação de causalidade entre a conduta e o dano. E na responsabilidade objetiva, a culpa é irrelevante, nenhuma influência apresentado na definição da obrigação de indenizar. Para a fixação da responsabilidade, basta que ocorram os seguintes requisitos: a) conduta; b) dano; c) relação de causalidade. (GOMES, 2006 p. 496 e 497).

A diferencia desta pela aquela, reside no fato de que, enquanto a responsabilidade subjetiva é imprescritível a demonstração da culpa do causador do dano, na responsabilidade objetiva é completamente desnecessária.

Pode-se dizer que a responsabilidade subjetiva se apoia na ideia de culpa, e a responsabilidade objetiva na teoria do risco sendo irrelevante o fator de dolo ou culpa.

1.5 - Elementos Fundamentais Da Responsabilidade Civil

Para que exista a responsabilidade civil a necessidade de haver a existência de ação por parte do agente, podendo esta ação ser omissiva ou comissiva, e que desta conduta omissiva ou comissiva ocorra um dano material ou moral e o nexo de

causalidade entre ambas, desta forma não há que se falar em responsabilidade civil caso não haja correlação entre essas duas, ou seja, o dano sofrido deve decorrer de conduta do agente, como dito antes, seja ela omissiva ou comissiva.

Ao consultarmos o art. 186 do Código Civil (art. 159, CC-16), base fundamental da responsabilidade civil, consagradora do princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem, temos que:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Analisando este dispositivo mais preciso do que o correspondente da lei anterior, que não fazia expressa menção ao dano moral podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil:

- a) ação (positiva ou negativa);
- b) prejuízo ou dano;
- c) o nexo de causalidade.

Por tanto para existir a responsabilidade civil no campo obrigacional, é imprescindível que tenha os eventos: conduta, dano e o nexo de causalidade.

Os requisitos da responsabilidade geral nas palavras de Maria Helena Diniz,

Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade temos o risco. Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada. Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. (DINIZ, 2007, p. 37).

Visto que para haver uma responsabilidade tem que estar presente algum dano, com este dano devemos observar sua relação com ação. Para melhor entendimento abordarei cada um dos elementos descritos a cima:

1.5.1 - Conduta Do Agente

Atos ilícitos podem surgir da ação ou por omissão voluntária do agente responsável pela reparação, após análise do disposto no artigo 186 código civil de 2002, conclui-se que para haver um ato ilícito é necessário que exista uma conduta humana que viole um dever legal. Tal conduta ilícita, seja ela comissiva ou omissiva, acarretará em um dano que deverá ser reparado, gerando assim, a responsabilidade, tal responsabilidade se dará em razão de fato praticado pelo agente (comissivo), ou em razão da não observância de dever de agir (omissão).

Carlos Roberto Gonçalves fala da conduta como origem da responsabilidade civil.

Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2010, p. 24)

O elemento primário de todo ato ilícito, e por consequência da responsabilidade civil é uma conduta humana. Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

No entendimento de Maria Helena Diniz a conduta é:

“A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.” (DINIZ, 1996, p. 43).

Pablo Stolze Gagliano também explica:

Conduta do agente é o primeiro elemento da responsabilidade civil. Quando se trata de responsabilidade civil, a conduta do agente é a causadora do dano, surgindo daí o dever de reparação. Para que se configura o dever de indenizar advindo da responsabilidade civil, deverá

haver a conduta do agente e nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente. (GAGLIANO, 2012, p. 27)

Ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado (CC, art. 927). É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem. Por tanto a conduta do agente é o primeiro elemento a ser analisado para que se caracterize uma possível obrigação.

1.5.2 Culpa Do Agente

Quando se pensa em culpa lembramos de dolo, este último o causador do dano tem a intenção de causa-lo, já na culpa surge quando o autor de uma dano o causa sem intenção de provocá-lo, agindo com imprudência, imperícia e negligência e resultando em um dano.

Nossa legislação permite a caracterização da responsabilidade civil com culpa como pressuposto, no entanto pode haver sem culpa, como descreve o parágrafo único do art. 927, do Código Civil de 2002, que trata da obrigação de “reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Conceito de culpa nas palavras de José de Aguiar Dias,

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, é o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. (DIAS, 2006, p.149).

Clóvis Beviláqua já fazia vigorosa defesa da reparação do dano causado por necessidade, como se vê a seguir:

Qual é a ideia dominante nessa construção jurídica? É que todo dano deve ser reparado, independentemente de culpa ou dolo. Intervindo culpa ou

dolo, tem-se o ato ilícito, e o agente culpado ou doloso responde pelo prejuízo causado. (BEVILÁQUA, 1957, p. 234).

Adverte Caio Mário da Silva Pereira:

“(…) a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente está para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa”. (PEREIRA, 2012 p. 507)

Pablo Stolze Gagliano conclui,

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos, pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade (GAGLIANO, 2009, p. 25).

A culpa não é elemento essencial da responsabilidade civil, essenciais são a conduta humana, dano ou lesão e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

1.5.3 Dano e Nexos Causais

Diferente da culpa, é indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade.

Poderíamos então afirmar que, seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração.

Com absoluta propriedade, Sérgio Cavalieri Filho, em sua excelente obra Programa de Responsabilidade Civil, salienta a inafastabilidade do dano nos seguintes termos:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não

pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 70).

Nesses termos, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa;

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. (VENOSA, 2010, p. 39).

No entendimento de Pablo Stolze, “Poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.” (STOLZE, 2009, p. 36).

Em tese, todo dano deveria ser ressarcido, reparado ou compensado, já que em alguns casos não seja possível retornar ao *status quo ante* coexiste a possibilidade da fixação, em determinação judicial, de valor a título compensatório ao dano causado. Porém, para que o dano seja indenizável, deve este preencher a alguns requisitos indispensáveis, sendo eles:

- a) violação de interesse jurídico;
- b) certeza do dano;
- c) subsistência do dano.

Após analisarmos os dois primeiros elementos da responsabilidade civil a conduta humana e o dano, cuidaremos de analisar este último, o nexo de causalidade.

Não há como falar em responsabilidade civil sem falar em nexo de causalidade entre a conduta ou omissão e o dano gerado por esta. A relação entre a conduta e o dano é que se denomina de “nexo causal”, de maneira que o resultado

lesivo deve ter tido sua origem a partir da conduta. Portanto, faz-se necessário a existência de nexos causal.

O culto Miguel Maria de Lopes, com a sagacidade que lhe era peculiar, já havia notado a complexidade do tema, consoante se depreende deste trecho de sua obra:

“Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço”. (LOPES, 2001, p. 218).

Dispõe Silvio de Salvo Venosa,

O conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. (VENOSA, 2010, p. 56).

Conclui Maria Helena Diniz,

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexos causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. (DINIZ, 2007, p. 107).

Explica Sergio Cavalieri filho, que pode-se ainda afirmar que o nexos de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil.

“Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexos causal”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.49).

Existe uma certa imprecisão doutrinária, quando se cuida de estabelecer qual a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, referente ao nexos de causalidade.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES, afirmar que, das várias teorias sobre o nexos causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.

Demonstrando tal assertiva, Gustavo Tepedino, após colacionar jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que se lê a identificação das teorias:

“É de acordo com a teoria da causa adequada adotada em sede de responsabilidade civil, também chamada de causa direta ou imediata” (Ac. 1995. 001.271), conclui, acertadamente: “Por todas essas circunstâncias, pode-se considerar como prevalentes, no direito brasileiro, as posições doutrinárias que, com base no art. 1060, do Código Civil Brasileiro, autodenominando-se ora de teoria da interrupção do nexos causal (Supremo Tribunal Federal), ora de teoria da causalidade adequada (STJ e TJRJ), exigem a causalidade necessária entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil”. (TEPEDINO, 2008, p.10)

Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata.

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução.

Tomemos um clássico exemplo doutrinário, para o adequado entendimento da matéria:

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal.

Dessa forma, concluímos com Gustavo Tepedino que:

A causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessariedade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexo de causalidade. (TEPEDINO, 2008, p.10).

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um *nexo causai* entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem.

O dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor. Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causai, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar, tratarei delas logo mais.

CAPÍTULO III – A INDUSTRIA DE DANOS MORAIS NO BRASIL

2.1 Evolução Histórica do Dano Moral no Brasil

No Brasil em época de sua colonização portuguesa, ou início da construção de uma civilização capitalista, não se importavam com a reparação advinda de uma ofensa moral sofrida por um indivíduo, talvez pelo simples motivo de que alguns não tinham uma moral a ser ofendida, pois se tratava de um início de uma colonização, onde poucos tinham muito e muitos não tinham nada, muito menos direito à liberdade, não é surpresa que no início de uma sociedade já comesse a tratar da

matéria de proteção a moral, pois este vem de uma evolução e amadurecimentos da sociedade e evolução do direito.

Neste sentido Pablo Stolze afirma que:

“No Brasil Colonial, durante a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, não existia qualquer regra expressa sobre o ressarcimento do dano moral, sendo bastante questionável qualquer afirmação de sua possibilidade naquele momento histórico”. (STOLZE, 2012, p.121).

O dano moral, tem suas raízes nas mais remotas civilizações, o que conseqüentemente, influenciou o nosso legislador para implantar o instituto da reparabilidade ao dano imaterial em nosso ordenamento jurídico.

Na época em que o Brasil era colônia de Portugal, eram as Ordenações do Reino que apresentavam normas para regularizar as relações sociais, ou seja, tais ordenações eram um conjunto de normas que regulavam o direito comercial, civil, processual e etc., que deveria ser aplicado na coroa portuguesa e em suas colônias.

Tais ordenações já previam a possibilidade da reparação ao dano extrapatrimonial, como bem assevera Claudia Regina Bento de Freitas:

“Talvez uma das mais antigas referências à indenização por dano moral, encontrada historicamente no direito brasileiro, está no Título XXIII do Livro V das Ordenações do Reino (1603), que previa a condenação do homem que dormisse com uma mulher virgem e com ela não se casasse, devendo pagar um determinado valor, a título de indenização, como um “dote” para o casamento daquela mulher, a ser arbitrado pelo julgador em função das posses do homem ou de seu pai”. (FREITAS, 2009, p. 154).

As Ordenações do Reino sendo uma das mais antigas leis da história legislativa brasileira, muito influenciou nas legislações posteriores. Neste sentido temos o Código Penal brasileiro de 1890, que trouxe consigo a possibilidade do ressarcimento ao prejuízo moral.

O Código Penal de 1890, o qual foi decretado por Manoel Deodoro da Fonseca, em seu Título XI, trouxe previsão para os crimes que atentem contra a honra e a boa fama dos indivíduos, podemos citar o artigo 316 do código ora em questão, apresentando a seguinte redação:

Art. 316. Si a calúnia for cometida por meio de publicação de panfleto, impresso ou litografado, distribuído por mais de 15 pessoas, ou afixado em lugar frequentado, contra corporação que exerça autoridade pública, ou contra agente ou depositário desta e em razão de seu ofício: Penas – de prisão cautelar por seis meses a dois anos e multa de 500\$ a 1:00000\$.

Não é demais lembrar, que o Código Civil de 1916, não havia consignado expressamente a reparação moral, embora o mestre Clóvis Beviláqua tenha se demonstrado favorável à sua aplicação em preceitos isolados na norma de regência:

“Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo e restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro. É por uma necessidade dos nossos meios humanos, sempre insuficientes, e, não raros, grosseiros, que o direito se vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e outros interesses morais (...). Mas o interesse de agir é o mesmo conteúdo do direito subjetivo considerado no momento em que reage contra a lesão ou a ameaça. E se o dano moral é uma lesão de direitos forçosamente provoca a reação, seria a “*ratio agendi*”. O código, porém não deu grande latitude ao poder de reação jurídica suscitada pelo dano moral; restringindo-o, subjetivamente, nesse artigo (Artigo 76, Código Civil de 1916), e fixou-o objetivamente, ao tratar da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos.” (BEVILÁQUA, 1957, p. 127).

Com o advento do primeiro Código Civil brasileiro (Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, com vigor a partir de 1.º de janeiro de 1917), a redação dos arts. 76 (e parágrafo único), 76 e 159 levou às primeiras defesas da tese da reparação do dano moral.

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (Código civil, 2002, Art. 76 e 159).

Pablo Stolze explica os artigos acima:

Em função do art. 159 não se referir taxativamente às lesões de natureza moral, bem como a argumentação de que a regra contida no art. 76 se referia a dispositivo de ordem processual, condicionando, simplesmente, o exercício do direito de ação à existência de um interesse, a doutrina e a

jurisprudência nacional passaram a negar, peremptoriamente, a tese da reparabilidade dos danos morais. (STOLZE, 2012, p. 122).

Neste sentido, Clóvis Beviláqua, autor do projeto de Código Civil de 1916, prelecionava:

“Em meu sentir, o sistema do Código Civil, nas suas linhas gerais, relativamente ao ponto questionado, é o seguinte: a) Todo dano seja patrimonial ou não, deve ser ressarcido, por quem o causou, salvante a exclusão de força maior que, aliás, algumas vezes não aproveita, por vir precedida de culpa. É regra geral sujeita a exceção; b) Com razão mais forte, deve ser reparado o dano proveniente de ato ilícito (artigos 159 e 1.518); c) Para a reparação do dano moral, aquele que se sente lesado dispõe de ação adequada (artigo 76, parágrafo único); d) Mas o dano moral, nem sempre, é ressarcível, não somente por não se poder dar-lhe valor econômico, por não se poder apreçá-lo em dinheiro, como ainda, porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas, acobertadas pelo manto (...) de sentimentos afetivos. Por isso o Código Civil afastou as considerações de ordem exclusivamente moral, nos casos de morte e de lesões corpóreas não deformantes (artigos 1.537 e 1.538); e) Atendeu, porém, a essas considerações, no caso de ferimentos, que produzem aleijões ou deformidades (artigo 1.538, parágrafos 1.º e 2.º); tomou em consideração o valor da afeição, providenciando, entretanto, para impedir o arbítrio, o desvirtuamento (artigo 1.543); as ofensas à honra, à dignidade e à liberdade são outras tantas formas de dano moral, cuja indemnização o Código disciplina; f) Além dos casos especialmente capitulados no Código Civil, como de dano moral ressarcível outros existem que ele remete para o arbitramento, no artigo 1.553, que se refere, irrecusavelmente, a qualquer modalidade de dano, seja patrimonial ou meramente pessoal. (...). Ao contrário, a irreparabilidade do dano moral aparece no Código como exceção, imposta por considerações de ordem ética e mental. A reparação é a regra para o Dano, seja moral, seja material. A irreparabilidade é exceção”. (BEVILÁQUA, 1957, p. 319).

Apesar das ilustres vozes discordantes, prevaleceu, portanto, no direito brasileiro, num primeiro momento, a tese proibitiva da ressarcibilidade do dano moral, admitindo-a somente em hipóteses especiais expressamente previstas no Código Civil ou em leis extravagantes.

Somente, de fato, com a promulgação da vigente Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, é que se pode falar, indubitavelmente, da ampla reparabilidade do dano moral no direito pátrio, pois a matéria foi elevada ao status dos “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II da CF/88).

Sobre a questão, ensina Caio Mário da Silva Pereira que a

“Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. (...) Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo. (...) É de se acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos. (...) Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz”. (PEREIRA, 2001, p. 58).

De outra parte, a reparação do dano no Brasil, vinha sendo assegurada e reafirmada pela jurisprudência dos tribunais, como sendo acolhida pelo direito privado brasileiro. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deixou de existir qualquer dúvida acerca da obrigatoriedade da reparação do dano moral, eis que o instituto alcançou “status” constitucional ao ser estatuído no Art. 5º, incisos V e X, de nossa Carta Magna. “In verbis”:

Artigo 5º, CF/88:

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

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem. (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (CF, 1988, Art. V-X)

Após, várias legislações foram editadas no País, aumentando as opções para que o cidadão pudesse exercer o seu direito perante o Judiciário. Dentre as quais, destacam-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990), que traz no seu Art. 6º, incisos VI e VII a possibilidade de reparação de danos patrimoniais e morais.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. (CDC, 1990, Art. VI-VII).

O novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), adequando, de forma expressa, a legislação civil ao novo perfil constitucional, reconhece expressamente, em seu art. 186, o instituto do dano moral e, conseqüentemente, por força do art. 927, a sua reparabilidade.

2.2 - Conceito De Dano Moral

O dano moral é uma lesão a interesses não patrimoniais, provocada por determinado fato lesivo; afeta a esfera personalíssima da pessoa, como, por exemplo, a honra e a imagem. Trata-se de uma dor intensa, vexame, sofrimento extraordinário, algo que sempre fuja da normalidade e interfira no comportamento da pessoa lesada. Uma dor refletida no moral, psicológico ou intelectual do indivíduo.

A doutrina assim o conceitua:

Visão de Maria Helena Diniz;

O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza o índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em dano patrimonial indireto que decorre de evento que lesa direito da personalidade ou extrapatrimonial, como, p. ex., direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com tratamento (DINIZ, 2011, p. 108).

Dispõe Silvio de Salvo Venosa;

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável (VENOSA, 2011, p.49).

O dano moral é sim compensado e não reparado, uma vez que o dano moral é aquele onde o ofendido experimenta uma intensa dor, uma situação vexatória, uma humilhação.

No entendimento de Clayton Reis, “O dano moral é, dessa forma, uma agressão que fere nossa intimidade e produz uma verdadeira aflição espiritual.” (REIS, 2010, p. 9).

Para Paulo Nader,

O dano moral é quando alguém atenta contra a constituição física da pessoa natural ou atinge em sua composição incorpórea, como o nome, a honra, a liberdade em diversas manifestações, a psique. O efeito que o dano moral provoca é a dor física ou a psíquica, ambas não mensuráveis por padrões matemáticos ou econômicos. (NANDER, 2009, p. 82).

Nas palavras de Pablo Stolze,

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. (STOLZE, 2009, p. 55).

Conclui Clayton Reis,

Ademais, a reparação desse dano demonstra que o Estado está preocupado em proteger os valores fundamentais da pessoa, consciente de que na medida em que o faz, está possibilitando a construção de cidadãos responsáveis e conscientes dos seus deveres na ordem social – o *bonus pater familiae*. Nesse momento de transição e de esgotamento ético da pessoa, esta situação é decisiva para o futuro da sociedade em que seus membros são valorizados em suas condutas axiológicas. (REIS, 2010, p. 19).

“São morais os danos a atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade; vale dizer, dos elementos que individualizam como ser, como a honra, a reputação, as manifestações do intelecto.” (BITTAR, 2001, p. 22).

Portanto, dano moral é aquele que provoca dor, angústia entre outras consequências de ordem emocional e psicológica, ocasionando traumas, sequelas de ordem psicossomática, podendo até mesmo mudar o rumo da vida do ofendido.

Dispõe Silvio de Salvo Venosa,

Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. (VENOSA, 2011, p. 49).

Não é qualquer mero dissabor, mero aborrecimento, que culminará em danos morais, como por exemplo, portas detectores de metais em bancos, inspeções em aeroportos entre outras situações comuns do cotidiano. Irei tratar desta questão mais à frente.

Podemos conceituar 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.

2.3- Tipos De Dano Moral

Podemos classificar os danos morais de duas formas, como dano moral direto e indireto, que serão definidos de acordo com os interesses jurídicos afetados. Como ensina Pablo Stolze, “consideramos salutar distinguir o dano moral direto e o dano moral indireto, eis que se constituem em classificações oriundas do requisito “causalidade entre o dano e o fato”, imprescindível para a configuração do dano indenizável.” (STOLZE, 2009, p. 67).

2.3.1 Dano Moral Direto

O dano moral direto está relacionado com a lesão de interesses extrapatrimoniais, compreendidos como os direitos da personalidade, “se refere a uma lesão específica de um direito extrapatrimonial, como os direitos da personalidade.” (STOLZE, 2009, p. 67).

Para Maria Helena Diniz,

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). (DINIZ, 2007, p. 91).

No entendimento de Paulo Nader,

Diz-se direto o dano quando ligado umbilicalmente à ação ou omissão do agente, como se verifica, por exemplo, um acidente em que a vítima é atropelada, sofrendo danos físicos por imprudência do motorista. É a ofensa moral ou patrimonial que nasce da conduta do agente, sem interferência de dano anterior. Enquadram-se: a cirurgia plástica mal-sucedida por erro médico; a piscina mal construída, provocadora de infiltrações e danos em apartamento de andar inferior; a entrevista ofensiva a honra de alguém. Ao praticar o ato ilícito, ao agente é previsível o alcance imediato de seu ato. (NADER, 2009, p. 74).

Neste sentido o dano direto tem-se uma violação a um direito da personalidade de um sujeito, em função de um dano material por ele mesmo sofrido. Ou seja se refere a uma lesão específica de um direito extrapatrimonial, como os direitos da personalidade.

Conceitua-se que o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial, contido nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa. Como exemplo há a vida, a integridade corporal e psíquica, a honra, a intimidade, o nome e a capacidade da pessoa.

2.3.2 Dano Moral Indireto

O dano moral indireto configura-se quando há uma lesão a bem ou a interesse de natureza patrimonial, porém, acarreta em prejuízos na esfera extrapatrimonial.

Neste sentido, Pablo Stolze,

O dano moral indireto 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. (STOLZE, 2009, p. 67).

Para Paulo Nader, “o dano é indireto quando se revela decorrência de um anterior sofrido pela própria vítima ou por outrem. Tem-se o efeito cascata.” (NADER, 2009, p. 75).

Ocorre o dano moral indireto quando há lesão a um bem ou interesse de natureza patrimonial que, de modo reflexo, causa um prejuízo a determinado bem de natureza extrapatrimonial.

Nas palavras de Eduardo A. ZANNONI;

O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto do fato lesivo a um interesse patrimonial. Ex: perda de coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado. (ZANNONI, 1982, p, 94).

Dano moral indireto é aquele que causa prejuízo a interesse extrapatrimonial justamente porque lesou um bem patrimonial da vítima. Por exemplo, pode-se citar o furto de um determinado bem com grande valor afetivo, que trará além do efeito material, repercussão no âmbito moral da vítima. Ex: a perda de um colar presenteado por um avô que já faleceu. Mesmo sendo uma joia sem valor de mercado, está terá enorme valor afetivo a seu proprietário, o qual acarretará uma dor íntima decorrida de sua perda.

2.4 Não Configuração Do Dano Moral.

São excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, desta forma o agente não responde pelo evento ou ato danoso. São circunstâncias que isentam ou exoneram da responsabilidade, e assim, impossibilitam que se consiga satisfazer a pretensão indenizatória acerca de fato que apresente uma das excludentes, sendo elas: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. São situações que a doutrina costuma denominar rompimento do nexo causal.

2.4.1 Culpa Da Vítima

Esta situação ocorreria sempre por fato ou ato exclusivo da vítima do dano, operando no sentido da afastabilidade de responsabilidade do agente, exatamente porque elimina a causalidade entre a sua atuação e o evento danoso. Assim ocorrendo, a vítima arcará com todos os prejuízos advindos, eis que culpada exclusiva pela emergência deles.

A culpa da vítima verifica-se quando ela contribui para ocorrência do evento que causou o dano. Tal contribuição pode se verificar de modo concorrente, quando se dá juntamente com a do agente, caso em que a responsabilidade não será eximida, mas atenuada. A constatação de “culpa da vítima” fulmina a pretensão reparatória, não pela ausência de elemento subjetivo, mas sim por quebrar o nexo de causalidade necessário para o reconhecimento da reparabilidade do dano.

Sílvio de Salvo Venosa abordou o assunto da seguinte forma:

Apontamos que a culpa exclusiva da vítima elide o dever de indenizar, porque impede o nexo causal. A hipótese não consta expressamente do Código Civil de 1916, mas a doutrina e a jurisprudência, em consonância com a legislação extravagante, consolidaram essa excludente de responsabilidade. Vimos que o Código em vigor menciona a culpa concorrente da vítima no art. 945. Com a culpa exclusiva da vítima, desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador. (VENOSA, 2013, p. 56).

Embora não exista previsão expressa no Novo Código Civil, a doutrina e a jurisprudência consolidaram essa excludente.

Inácio de Carvalho Neto diz;

(...) a culpa exclusiva da vítima atua sobre o nexo de causalidade, e não sobre a culpa do agente. Isto é importante, já que, se afirmasse a exclusão da culpa do agente, continuaria ele na obrigação de indenizar quanto tal obrigação não dependesse de culpa (responsabilidade objetiva), o que implicaria a adoção da teoria do risco integral. (CARVALHO NETO, 2009, p. 64).

Nas palavras de Pablo Stoco, “Embora a lei civil codificada não faça qualquer menção à culpa exclusiva da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, a doutrina e o trabalho pretoriano construíram a hipótese [...]” (STOCO, 2007, p.18).

Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa. Desse modo, a partilha dos prejuízos pode ser desigual.

Ademais o Código Civil de 2002 em seu artigo 945, versa sobre a culpa concorrente da vítima como uma excludente de responsabilidade assim, tem-se que com a culpa exclusiva da vítima não mais existirá o nexo de causalidade entre o dano e o agente que o causou.

“Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.” (CC/02).

Maria Helena Diniz, esclarece preciosamente os meandros da circunstância, para que, efetivamente, se mostre como hipótese de concorrência de culpas:

“Se lesado e lesante concorreram com uma parcela de culpa, produzindo um mesmo prejuízo, porém, por atos independentes, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso. Não desaparece, portanto, o liame de causalidade; haverá tão-somente uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização é, em regra, devida por metade ou diminuída proporcionalmente. Haverá uma bipartição dos prejuízos. (DINIZ, 1996, p.79).

Culpa concorrente da vítima e do agente: refere à situação em que houve culpa da vítima, mas este fato não se apresenta, como antes, no sentido de excluir a responsabilidade do agente, mas sim no sentido de atenuá-la, exatamente porque o próprio agente, ele também, agiu com culpa, operando o que se conhece e denomina de concorrência de culpas.

2.4.2 Fato De Terceiro

Entende-se por terceiro aquele indivíduo que não é o agente causador do dano e nem a vítima, assim, havendo participação causal de um terceiro, sem que exista a participação do agente causador do dano e da vítima, estaria rompido o nexos causal excluindo a responsabilidade civil.

Mostra-se como fundamento de isenção de responsabilidade apenas em situações muito bem definidas, conforme aponta a clara lição de José de Aguiar Dias, isto é, quando efetivamente não conte com a participação culposa do devedor, afastando, completamente, o nexos de causalidade entre sua ação e o dano advindo. Assim, este dano deverá se ligar apenas ao fato de terceiro, fato este que deverá ocorrer sem a provocação do ofensor (pois, senão, haveria concorrência de culpas), apresentando-se, enfim, como fato exclusivamente causador do dano.

Assim dispõe Pablo Stolze, “O tema encontra disciplina nos arts. 929 e 930 do CC, sendo certo que se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra ele terá o autor do dano ação regressiva para ressarcir-se do que pagar.” (STOLZE, 2007, p. 191).

“Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

“Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado”. (CC, 2002, Art. 929-930).

Um exemplo de participação de um terceiro que exclui a responsabilidade do causador direto do dano: veículo Tulio que ao desrespeitar sinalização de via preferencial bate no veículo Tico, que, em consequência do impacto, atinge o veículo Lara causando grandes danos ao veículo e aos passageiros, neste exemplo o acidente ocorreu por fato de terceiro. Tal excludente está previsto nos artigos 929

e 930 do Novo Código Civil, mencionando que cabe ação regressiva por parte do causador direto do dano contra o terceiro que deu causa ao fato.

O tema nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa,

No caso concreto, importa verificar se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu para o dano. Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexos causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexos causal. (VENOSA, 2010, p. 70).

Outro aspecto interessantíssimo a ser considerado versa sobre a possibilidade de não se identificar este terceiro. Tomo as palavras de Aguiar Dias para esclarecer este ponto;

“(...) o fato de terceiro há de poder ser atribuído a alguém, o que não quer dizer que se imponha, necessariamente, a sua identificação. Sem dúvida, o fato de poder identificar o terceiro contribui para a melhor caracterização do fato que se lhe atribui. Mas isso não é condição essencial para tal configuração, como sucede, por exemplo, no dano produzido por terceiro que fugiu e não foi encontrado, tendo sido visto, entretanto, a praticar o ato de que resultou o prejuízo. Se o dano não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito (...)” (DIAS, 1995, p. 679).

Explica Sílvio de Salvo Venosa que: “se o agente não lograr provar cabalmente que o terceiro foi a causa exclusiva do evento, tendo também o indigitado réu concorrido com culpa, não elide o dever de indenizar.” (VENOSA, 2013, p. 67).

Portanto, a princípio, desde que haja a atuação casual de um terceiro, sem que se possa imputar participação do autor do dano, o nexos de causalidade estará rompido, e o terceiro passará a responder pelo dano por ele criado, pois sua conduta é passiva de nexos com a causa.

2.4.3 Caso Fortuito e Força Maior

Provavelmente, as mais conhecidas excludentes de responsabilidade, exatamente porque a ocorrência de tais fenômenos ou fatos eliminam a culpabilidade, já que são estranhos ao poder daquele a quem se imputaria a responsabilização, eis que se apresentam como inevitáveis.

O art. 1058, § único, CC/02 estabelece que “o caso fortuito, ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. (CC/2002).

Visto que o evento danoso ocorre em circunstâncias alheias à vontade do agente, ou seja, não há voluntariedade por parte do agente, sendo ainda inevitáveis e imprevisíveis.

Sílvio de Salvo Venosa afirma que:

A doutrina, na realidade, não é concorde sobre sua definição e compreensão desses fenômenos, havendo certa divergência. O caso fortuito (act of God, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato do príncipe). (VENOSA, 2013, p. 57).

Assim, doutrinadores há que entendem a força maior como circunstância geradora do dano, mas originada do fato de outrem, enquanto que outros entendem o caso fortuito como circunstância geradora do dano, mas proveniente apenas da natureza, sem que se apresente sequer a mais remota intervenção humana.

O caso fortuito vem a ser os eventos que decorrem de forças naturais, como terremotos, raios, inundações, incêndios não provocados. Já a força maior decorre de atos humanos, como guerras, revoluções, greves. Tanto os fatos que decorrem de caso fortuito quanto os decorrentes de força maior são equivalentes para afastar o nexos de causalidade entre o evento danoso e o dano sofrido pela vítima.

Preconiza Washington de Barros Monteiro;

Considerando como de força maior os fenômenos relacionados às causas naturais, como terremoto, inundação, seca, geada, chuva de granizo, vulcão, tufão, incêndios não provocados e, como caso fortuito, o que resulte

de fato alheio, embora não determinável ou identificável, mas inevitável enquanto evento danoso, como a greve, o motim, a guerra. (MOREIRA, 1978, p. 332).

Mas é a lição de Caio Mário da Silva Pereira, que esclarece, à perfeição, este traço imprescindível dos fenômenos que lhes admita excluir a responsabilidade. Vejamos:

“Não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, bastante para liberar o devedor, porém aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação. Se o devedor não pode prestar, por uma razão pessoal, ainda que relevante, nem por isto fica exonerado, de vez que estava adstrito ao cumprimento, e tinha de tudo prever e a tudo prover, para realizar a prestação. Se está se dificulta ou se torna excessivamente onerosa, não há força maior ou caso fortuito. Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a construir uma barreira intransponível à execução da obrigação. ... Mas não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado.” (PEREIRA, 1996, p. 245).

Maria Helena Diniz: “o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura pela inevitabilidade do evento, e o subjetivo que é a ausência de culpa na produção do acontecimento”. (DINIZ, 1996, p.116)

De qualquer forma, o caso fortuito e a força maior devem partir de fatos estranhos à vontade do devedor ou do interessado. Se há culpa de alguém pelo evento, não ocorre o seccionamento ou rompimento do nexos causal. Desse modo, desaparecido o nexos causal, não há responsabilidade. Centra-se no fato de que o prejuízo não é causado pelo fato do agente, mas em razão de acontecimentos que escapam a seu poder.

2.4.4. Legítima Defesa

A legítima defesa se encontra incluída no rol dos atos lesivos que não são ilícitos, operando, então, esta circunstância, como mais uma daquelas que afastam a responsabilidade do autor do ato lesivo.

A legítima defesa, está fundamentada no mesmo artigo 188 em seu inciso I, CC/02, primeira parte: “*Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa [...].*”

Sílvio de Salvo Venosa define a legítima defesa;

A legítima defesa constitui justificativa para a conduta. O conceito é o mesmo do Direito Penal. A sociedade organizada não admite a justiça de mão própria, mas reconhece situações nas quais o indivíduo pode usar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra as pessoas caras ou contra seus bens. A doutrina sempre enfatizou que os meios da repulsa devem ser moderados. Nessa premissa, quem age em legítima defesa não pratica ato ilícito, não havendo dever de indenizar, na forma do art. 188, I. (VENOSA, 2013, p. 64).

Nesse conceito de legítima defesa, não estão abrangidos unicamente os bens materiais, mas também valores da personalidade como a honra e boa fama.

Segundo Roberto Sesine Lisboa;

A legítima defesa consiste na repulsa a algum mal grave, injusto, atual ou iminente a uma das partes (legítima defesa própria) ou pessoa diversa das partes (legítima defesa de terceiro), em certa relação jurídica, ou contra os bens de qualquer uma delas. (LISBOA, 2002. p.277).

Neste sentido, Pablo Stoco, “em face de uma agressão injusta, dirigida contra a própria pessoa ou seus familiares, ou contra seus bens, o indivíduo adota medida defensiva com que repelirá o agressor.” (STOCO, 2007, p. 201).

Sílvio de Salvo Venosa contextua que;

Responde também o agente pelo excesso na legítima defesa, isto é, quando sua conduta ultrapassa os limites da ponderação. Deverá responsabilizar-se, proporcionalmente, pelo excesso cometido, pois subsiste a ilicitude em parte da conduta. (VENOSA, 2013, p. 64).

No entanto, vale ressaltar que ao agindo em legítima defesa deverá fazê-lo moderadamente, suficiente a repelir o ato agressor, não excedendo os limites necessários para tanto, pois excedendo, será responsabilizado pelos excessos.

2.4.5 Estado De Necessidade

Trata-se exatamente da autorização legal endereçada a escusar ofensa a direito alheio impedir a concreção de perigo iminente.

Segundo Pablo Stolze, “diferente do que ocorre na legítima defesa, o agente não reage a uma situação injusta, mas atua para subtrair um direito seu ou de outrem de uma situação de perigo concreto.” (STOLZE, 2012, p. 121).

O estado de necessidade está fundamentado no artigo 188 do Novo Código Civil de 2002, em seu inciso II: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos, II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”

Neste sentido preceitua José de Aguiar Dias, “nenhuma contestação sobre o princípio aí estabelecido: não é criminoso quem pratica ato em estado de necessidade.” (DIAS, 2006, p. 920).

Sobre o chamado ato necessário, será útil reproduzir a advertência de Aguiar Dias:

“Para caracterizar, pois, o ato necessário, não basta o perigo hipotético, eventual, possível ou remoto, porque, então, ao indivíduo assustado se deparariam mil e uma ocasiões de invocá-los, conforme imaginasse sua fantasia o estabelecimento de uma situação desse gênero. É preciso que o mal a evitar se apresente com o duplo caráter de certo e iminente.” (DIAS, 2006, p. 676).

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa;

O estado de necessidade no campo da responsabilidade civil está delineado nos arts. 188, II, 929 e 930. O agente, por exemplo, para desviar-se de um precipício, na direção de veículo, lança-se sobre uma pessoa; para desviar-se de uma árvore que tomba a sua frente inopinadamente, invade e danifica a propriedade alheia. Encontra-se justificativa para o mal causado à vítima na remoção de mal iminente. O indivíduo, na iminência de ver atingido direito seu, ofende direito alheio. O ato, em sua essência, seria ilícito, mas a

lei reconhece que há uma excludente. No entanto, a escusabilidade do estado de necessidade sofre os temperamentos dos arts. 929 e 930. O primeiro desses dispositivos assegura a indenização ao dono da coisa ofendida, se não for culpado pelo perigo, e o segundo dispositivo expressa que, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este deverá ser movida ação regressiva pelo autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano, na hipótese de legítima defesa. Como se conclui é bastante restrita a possibilidade de o ofensor, em estado de necessidade, eximir-se da indenização. A situação do estado de necessidade não opera como na legítima defesa. (VENOSA, 2013, p. 65).

Caso o terceiro atingido não seja o mesmo que tenha dado causa ao perigo, poderá ele exigir indenização ao agente que atuou em estado de necessidade, sendo a este facultado o direito de ação regressiva contra aquele que ensejou a situação de risco.

Deste modo, o estado de necessidade decorre de violação da norma legal com o propósito de evitar lesão a um direito material ou imaterial, próprio ou de outrem, para repelir o risco iminente, valendo-se dos meios necessários, ou seja, não excedendo além do indispensável para afastar o perigo, e assim, descaracterizando a ilicitude do ato.

2.4.6 Exercício Regular de Direito e Estrito Cumprimento do Dever Legal

Os danos causados em razão de atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido, não ensejam indenização, é o que dispõe a segunda parte do inciso I do artigo 188 do Novo Código Civil, pois, se atua o agente, sob escudo da lei, não poderá tal conduta ser qualificada como ilícita, com exceção para os casos em que os atos praticados sejam acompanhados de excessos, configurando abuso de direito, tais disposições abrangem também os atos praticados no estrito cumprimento do dever legal.

Neste sentido preceitua de Sílvio de Salvo Venosa

Assim como a legítima defesa, também não são passíveis de indenização os danos praticados no exercício regular de um direito. Na mesma dicção, deve estar subentendida outra excludente de índole criminal, o estrito cumprimento do dever legal, porque atua no exercício regular de um direito reconhecido quem pratica ato no estrito cumprimento do dever legal. A compreensão dessas excludentes pertence ao Direito Penal, que as estuda

em profundidade. A regularidade do exercício do direito deve ser avaliada pelo juiz no caso concreto. (VENOSA, 2013, p.64).

Tal ocorre quando recebemos autorização do Poder Público para o desmatamento controlado de determinada área rural para o plantio de cereais. Atua-se, no caso, no exercício regular de um direito. Da mesma forma, quando empreendemos algumas atividades desportivas, como o futebol e o boxe, podem surgir violações à integridade física de terceiros, que são admitidas, se não houver excesso.

Maria Helena Diniz esclarece;

(...) se houver lesão a um direito alheio causado por um ato perpetrado no exercício regular de um direito reconhecido, não haverá imputabilidade, excluindo qualquer responsabilidade pelo prejuízo, por não ser procedimento contrário ao direito. (DINIZ, 1996, p. 50).

Por outro lado, se o sujeito extrapola os limites racionais do lícito exercício do seu direito, fala-se em abuso de direito, situação desautorizada pela ordem jurídica, que poderá repercutir inclusive na seara criminal (excesso punível).

Umbilicalmente ligado a essa excludente é o estrito cumprimento do dever legal. Não o foi posto em tópico autônomo, independentemente do exercício regular do direito, pois o sentido é de que o próprio “cumprimento do dever legal”, não explícito no artigo 188, do código civil de 2002, nele está contido, porquanto atua no exercício regular de um direito reconhecido àquele que pratica um ato “no estrito cumprimento do dever legal”

Para Diego Richard Ronconi,

O exercício regular de direito (também chamado “exercício regular de um direito reconhecido”) consiste na excludente segundo a qual a atividade humana é desenvolvida de acordo com o ordenamento jurídico, deixando de ser considerada aquela em que se apresentar excesso desta atividade (abuso de direito). (RONCONI, 2006, p 279).

Assim, não há falar-se em responsabilidade civil no caso do agente de polícia que arromba uma residência para o cumprimento de uma ordem judicial, por exemplo.

CAPÍTULO III – A INDUSTRIA DE DANOS MORAIS NO BRASIL

3.1 Dano Moral X Mero Aborrecimento

O que configura e que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, além da indenização pelo dano moral decorrente da violação destes direitos estão previstas na Constituição Federal de 1988.

Carlos Roberto Gonçalves esclarece;

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo* ante, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se toma impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. (GONÇALVES, 2010, p. 356).

Diante dessa normatização expressa, torna-se preocupante a grande quantidade de pedidos de indenização por danos morais pleiteadas perante o Judiciário, quando na verdade, não há qualquer dano moral passível de indenização, senão um aborrecimento frequente do cotidiano.

Sergio Cavalieri Filho explica;

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93).

É evidente que vivemos em uma sociedade complexa, pois o ser humano é por si um ser pensante é que ao longo do tempo está gradativamente mudando evoluindo e modificando tudo a seu redor, com consequência disso estamos sujeitos a diversos acontecimentos que podem desagradar-nos, contudo, essas situações, em regra, não geram qualquer direito à indenização, ou seja, não encontram-se presentes os requisitos que configuram o dano moral.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Sílvio de Salvo Venosa exemplifica para melhor entendimento;

O protesto indevido de um cheque ou outro título de crédito, por exemplo, causará sensível dor moral a quem nunca sofreu essa experiência, mas será particularmente indiferente ao devedor contumaz. A dor psíquica, o vitupério da alma, o achincalhe social, tudo em tomo dos direitos da personalidade, terão pesos e valores diversos, dependendo do tempo e do local em que os danos foram produzidos(..). O dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente. (VENOSA, 2013, p. 47).

Antônio Jeová Santos escritor da obra *Dano Moral Indenizável* também tem o mesmo entendimento:

“Mero incômodo, o desconforto, o enfado decorrentes de alguma circunstância (...) e que o homem médio tem de suportar em razão de viver em sociedade, não servem para que sejam concedidas indenizações”. (SANTOS, 1999, p. 118).

Ainda não foi aclarado a sociedade e distinção do mero aborrecimento e dano moral, transcreverei dois julgamentos de situações comuns de mero aborrecimento:

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DISPARO DE ALARME ANTIFURTO - ABORDAGEM NA SAÍDA DE LOJA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA EXACERBADA - TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO - RECURSO NÃO PROVIDO. Mero aborrecimento não gera dano moral. (TJ-MS - APL: 00612429820108120001 MS 0061242-98.2010.8.12.0001, Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade, Data de Julgamento: 18/03/2014, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/03/2014): (online)

Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro:

ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO 4ª TURMA RECURSAL CÍVEL Recurso inominado nº 0207095-41.2013.8.19.0001 Recorrente: BANCO BRADESCO S/A Recorrida: MÁRCIA CRISTINA ALVES DE CASTRO Ementa: Direito do consumidor. Cartão de crédito. Compra recusada. Ausência de prova de repercussão do fato. Dano moral inexistente. Mero aborrecimento. Sentença reformada. V O T O Trata-se de recurso inominado interposto contra sentença que julgou ação na qual a Recorrida buscava compensação por dano moral em razão de repetidas recusas para utilização, havendo o cancelamento do cartão sem qualquer explicação. A sentença recorrida julgou o pedido procedente em parte para condenar o Réu a pagar ao Autor a quantia de R\$ 2.000,00, a título de compensação por dano moral, além de determinar o restabelecimento do cartão de crédito. O Réu, ora recorrente, impugnou na contestação a negativa de autorização, não tendo a autora produzido qualquer indício, mínimo que seja, a demonstrar falha na prestação do serviço, acrescentando que o cartão não foi renovado em razão de restrição em nome da autora. A despeito disso, ainda que assim não fosse, entendo que a mera recusa de crédito, por si só, não passou de mero aborrecimento, incapaz de gerar danos a direito da personalidade e causar enorme sofrimento, salientando-se, inclusive, que o mero aborrecimento não gera dano moral. Ademais, não trouxe a Autora nenhuma prova de que o fato tenha extrapolado a esfera do mero aborrecimento e prejudicado ou atingido a sua honra. Isto posto, VOTO no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso, para julgar improcedente a pretensão autoral, sem ônus

sucumbenciais. Rio de Janeiro, 12 de maio de 2014. VANESSA DE OLIVEIRA CAVALIERI FELIX Juíza Relatora Recurso nº 0207095-41.2013.8.19.0001.(TJ-RJ RI: 02070954120138190001 RJ 0207095-41.2013.8.19.0001, Relator: VANESSA DE OLIVEIRA CAVALIERI FELIX, Quarta Turma Recursal, Data de Publicação: 02/07/2014 11:54). (online)

Uma a ação foi movida por um consumidor que comprou uma lata de extrato de tomate com odor e consistência alterados. A lata de extrato possuía colônias de fungos. O consumidor não ingeriu o produto, mas pediu indenização por danos morais no valor de R\$ 6 mil e a devolução do valor pago pela lata.

A discussão se deu no julgamento do Recurso Especial 489.325, de relatoria do ministro Marco Buzzi, o qual afirmou, que o vício constatado no produto autoriza a indenização por dano material, correspondente ao valor efetivamente pago. Entretanto, como não houve ingestão do produto, a condenação do fabricante em danos morais ficou afastada, “em razão da inexistência de abalo físico ou psicológico vivenciado pelo consumidor”.

Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - AQUISIÇÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO - EXTRATO DE TOMATE CONTAMINADO POR COLÔNIAS FÚNGICAS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO DA FABRICANTE DO PRODUTO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE AFASTAR A CONDENÇÃO POR DANOS MORAIS, HAJA VISTA NÃO TER SIDO CONFIGURADO O ACIDENTE DE CONSUMO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. 1. A orientação jurisprudencial esposada por esta Excelsa Corte é no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 24/06/2014, T4 - QUARTA TURMA). (online)

É indiscutível que o instituto do dano moral é relevante para combater o mal causado a um indivíduo, porém defendemos que o pedido indenizatório seja legítimo de uma situação a qual o autor tenha passado uma dor imensurável verdadeira de abalo psicológico, e que não seja com o intuito de conseguir dinheiro fácil às custas de situações ordinárias, as quais todos nós estamos sujeitos.

3.2 Fixação Do Quanto Indenizatório

A reparação por danos morais é, como regra, pecuniária, ante a dificuldade de uma reparação natural.

“A expressão indenização significa reparação pecuniária de danos morais e/ou patrimoniais causados ao lesado; equivalente pecuniário do dever de ressarcir o prejuízo” (DINIZ, 2011, p. 323).

Leciona a respeito Carlos Roberto Gonçalves;

As leis em geral não costumam formular critérios ou mecanismos para a fixação do quantum da reparação, a não ser em algumas hipóteses, preferindo deixar ao prudente arbítrio do juiz a decisão, em cada caso. Por essa razão a jurisprudência tem procurado encontrar soluções e traçar alguns parâmetros, desempenhando importante papel nesse particular (GONÇALVES, 2011, p. 674).

No Brasil, aplica-se o denominado sistema aberto de aferição da indenização, onde o julgador, após avaliação subjetiva, estabelece o valor reparatório que, ao seu sentir, irá minorar a ofensa imputada ou satisfazer a lesão experimentada pela vítima e, em contrapartida, irá coibir o ofensor de praticar estas e outras ofensas.

Sergio Cavalieri Filho transmite sua experiência:

Como julgador, por quase 40 anos, sempre utilizei como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93).

A reparação pelo dano material procura restabelecer o patrimônio, já a reparação pelo dano moral tem por escopo compensar o ofendido, como vemos nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves,

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o

patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes lucros cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado. (GONÇALVES, 2009, p.378).

Ao tratar do dano moral, amplia-se a dificuldade de fixar o valor da indenização, pois o bem lesado não se pode medir monetariamente, variando de caso a caso.

Vejamos a importante opinião de Jose Rafaelli Santinni a respeito da fixação do quantum indenizatório:

O critério de fixação do dano moral não se faz mediante um simples cálculo aritmético (...). Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. (SANTINI, 2002, p. 64).

A doutrina considera a reparação do dano moral como compensação e não ressarcimento, visto que o dinheiro não se equivale à dor e porque tem a compensação a função de expiação para o lesador e a função de satisfação para o lesado, deste modo não se pode quantificar a lesão aos valores humanos, deve ser arbitrada uma indenização compatível com a conduta ilícita e satisfatória a compensar à repercussão do dano na honra subjetiva da vítima.

Neste sentido alguns parâmetros vêm norteando o *quantum indenizatório*, tais como: a natureza, intensidade e repercussão da ofensa imputada e o efetivo sofrimento da vítima. E ainda, se agiu com culpa ou dolo o ofensor, sua condição econômica e o *status* da vítima na sociedade.

Efetivamente, deve o julgador, na aferição do dano e quantificação da verba indenizatória, ser criterioso e aplicar de maneira justa o quantum para que o valor fixado tenha o condão de coibir a conduta reprovável e, ao menos, tentar restituir a vítima ao *status quo ante*.

Portanto na avaliação do dano moral, o órgão julgador deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpabilidade do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.

Para Marcius Porto a respeito a ofensa a imagem:

A ofensa à imagem é aferível de maneira simples. Basta verificar se a imagem da pessoa foi abalada com a agressão, no meio social em que vive. O abalo ao crédito, por exemplo, se dá nos casos em que o credor, inadvertidamente, coloca em protesto título já pago, em nome do devedor, caso em que o nome do devedor é colocado em órgãos de proteção ao crédito. (PORTO, 2008, p. 135).

A tarefa de quantificar o valor da indenização por danos morais não é das mais fáceis, uma vez que não se dispõe de parâmetros legais para a sua quantificação, até mesmo porque não seria possível tal tabelamento de valores, uma vez que, no dano extrapatrimonial, onde a indenização tem caráter puramente compensatório, seria difícil estabelecer valores para o constrangimento, a dor entre outros experimentados pelo ofendido.

Conclui-se que não há critério objetivo e uniforme para a fixação da indenização por danos morais. Cabe aos julgadores a tarefa de, em cada caso, fixar um valor razoável e justo.

3.3 Reflexo No Judiciário Brasileiro

A banalização do instituto do dano moral significa vulgarizá-lo, desprestigiá-lo, fugir da verdadeira razão de existir.

Rotineiramente, o Poder Judiciário vem se deparando com ações indenizatórias a título de ressarcimento por danos morais infundadas e sem qualquer essência jurídica, enfrentando, o que se costumou dizer, de uma “indústria do dano moral”, na qual o menor desconforto ou dissabor é invocado como aparato fático para fundamentar uma pretensão indenizatória, que acaba por prejudicar indiretamente o judiciário, pois, com o aumento de demandas judiciais acaba por acarretar lentidão nos julgamentos.

Tal como explica Antonio Jeová da Silva Santos;

Tendo a Constituição de 1988 superado a célebre discussão sobre a indenizabilidade do dano puramente moral, viu-se nos pretórios uma enxurrada de demandas em que litigantes buscam a reparação de agravos que entendem constituir-se dano moral. Sem embargo, a par de ações em que se verifica em toda plenitude a existência do dano moral, outras existem, sob o fundamento de que houve agravo moral que, nem de longe, chegaram a existir. (SANTOS, 1999, p. 73 - 74).

Logo, nota-se certa preocupação nos círculos jurídicos diante da grande quantidade de descabidas indenizações morais pleiteadas perante o Judiciário. Tendo em vista que muitas dessas pretensões não passam de aborrecimentos corriqueiros, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, portanto o sentido do instituto do dano moral está de certa forma sendo desvirtuado, eis que, da forma como vem sendo utilizado, às vezes chega a tornar-se abusivo, podendo ser citado o caso informado por Adriana Aguiar em que “um casal decidiu processar uma pizzaria depois de um deles apertar uma bisnaga de catchup e sujar sua camisa”. Juíza Luzia do Socorro Silva dos Santos, do 1º Gabinete do Juizado do Consumidor do Pará

Segundo Adriana Aguiar - De São Paulo, em um artigo publicado na internet a respeito dos danos morais considerados absurdos,

“A Justiça tem colecionado pedidos de indenização por danos morais considerados absurdos. Um casal decidiu processar uma pizzaria depois de um deles apertar uma bisnaga de catchup e sujar sua camisa. Outro consumidor que quase chegou a agredir um caixa de uma rede de fast food que se recusou a limpar uma mesa da praça de alimentação também resolveu ingressar com ação. E uma paciente que teve sua guia de exames com a data vencida recusada pelo laboratório achou necessário pedir uma reparação. Mas como era de se esperar, todos perderam”. (AGUIAR, 2014, p.1, online).

Situações como essas são comuns, e somam diariamente, processos e mais processos em varas cíveis e juizados especiais cíveis de todo o país.

Chegamos ao ponto de ver ações em que o requerente alega ter sofrido danos morais ao receber mensagens de e-mail não solicitadas. Este é o caso que foi julgado pelo TJDF:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MENSAGENS ELETRÔNICAS INDESEJADAS OU NÃO-SOLICITADAS. SPAM, ILÍCITO

NÃO CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DO CDC AOS NEGÓCIOS ELETRÔNICOS (E-COMMERCE). APRECIÇÃO. PROPAGANDA ABUSIVA OU ENGANOSA. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE CULPA OU DOLO. EXIGÊNCIA. INTANGIBILIDADE DA VIDA PRIVADA, DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM. VIOLAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. 1. O simples envio de e-mails não-solicitados, ainda que dotados de conotação comercial, não configura propaganda enganosa ou abusiva, a fazer incidir as regras próprias do CDC. 2. A eventual responsabilidade pelo envio das mensagens indesejadas rege-se pela teoria da responsabilidade subjetiva. 3. Não há falar em dano moral quando não demonstrada a violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. 4. Apelo provido. Sentença reformada. (TJDF. 20040111151542APC, Relator CRUZ MACEDO, 4a Turma Cível, julgado em 22/08/2005, DJ 11/10/2005 p. 138). (Online)

São esta espécie de ação de dano moral infundada que leva alguns afirmar a existência da “indústria do dano moral”.

É de fácil percepção que cada vez mais a população tem tido acesso a informações, através dos diversos veículos de informação, seja pela imprensa falada ou pela imprensa escrita bem como através da internet.

Dessa forma, a população de um modo geral, desde a classe mais humilde até a mais abastada, tem tomado conhecimento de seus amplos direitos previstos em lei, seja no âmbito do trabalho, consumo ou relações civis. A partir disto, nos últimos anos, tem se observado um aumento exacerbado de ações judiciais, principalmente no que se refere a ações de indenização por dano moral. Tal fenômeno pode ser entendido como exercício de um direito violado quanto à personalidade, embora muito tenha se falado em banalização do instituto do dano moral.

Neste sentido preceitua Clayton Reis,

A defesa do exercício da individualidade ou, ainda, o direito à personalidade deve constituir-se, sem dúvida, em um dever do Estado. Portanto, toda vez que o indivíduo sofrer um dano em seus valores pessoais e íntimos, o Estado tem o dever de assegurar o direito à reparação do prejuízo. Haverá dano maior do que aquele que atinge o homem nos seus mais sagrados valores? Na verdade, ao tutelar os direitos da personalidade, a ordem jurídica está protegendo os valores intrínsecos presentes na intimidade do ser humano, consubstanciado, essencialmente, na defesa da dignidade da pessoa humana, sufragado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Esta norma maior é o que confere razão e sentido aos direitos da personalidade. (REIS, 2010, p. 147).

Dos fatos ínfimos, irrelevantes, corriqueiros que ocorrem no cotidiano de todas as pessoas, leva a crer que o dano moral passou a ser arma contra a intolerância, contra a impaciência, sendo usado, tal instituto, para além de extravasar insatisfações com cotidiano, obter vantagem à custa daquele tido como ofensor.

No Recurso Especial 1.399.931, de relatoria do ministro aposentado Sidnei Beneti, o recorrente comprou um tablet pela internet para presentear o filho no Natal. A mercadoria não foi entregue, e o consumidor ingressou com ação de indenização por danos morais;

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA INTERNET. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS. 1. - A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis. 2. - A falha na entrega de mercadoria adquirida pela internet configura, em princípio, mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente, quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título. 3. - No caso dos autos, as instâncias de origem concluíram não haver indicação de que o inadimplemento da obrigação de entregar um "Tablet", adquirido mais de mês antes da data do Natal, como presente de Natal para filho, fatos não comprovados, como causador de grave sofrimento de ordem moral ao Recorrente ou a sua família. 4. - Cancela-se, entretanto, a multa, aplicada na origem aos Embargos de Declaração tidos por protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único). 5. - Recurso Especial a que se dá provimento em parte, tão somente para cancelar a multa. (STJ, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 - TERCEIRA TURMA). (Online)

Para o Ministro relator deste processo Sidnei Beneti, a falha na entrega da mercadoria adquirida pela internet configura, em princípio, “mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais”. O aborrecimento não trouxe outras consequências, como a frustração de um evento familiar especial ou a inviabilização da compra de outros presentes de Natal.

Nas palavras de Stolze,

A indenização por dano moral deve ter justamente esta função compensatória, o que implica dever sua estipulação limitar-se a padrões razoáveis, não podendo constituir numa “premiação” ao lesado.”A natureza sancionadora não pode justificar, a título de supostamente aplicar-se uma

“punição exemplar”, que o acionante veja a indenização como um “prêmio de loteria” ou “poupança compulsória” obtida à custa do lesante. (2009, p.367).

Na Revista Consultor Jurídico teve como foque o artigo publicado o abarrotamento dos tribunais onde a “Justiça faz esforço para não alimentar indústria do dano moral” encontra-se o seguinte trecho:

“Tem sido crescente o esforço do Poder Judiciário para não alimentar a indústria do dano moral. Criado pelo Código Civil de 1916 e consolidado, mais tarde, pela Constituição Federal de 1988, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo novo Código Civil de 2002, o instrumento prevê indenizações para sofrimentos de ordem pessoal. E é justamente a natureza abrangente e subjetiva do instituto que tem provocado a avalanche de processos de reparação nos tribunais brasileiros”. (CONJUR, 2015, p.1, online)

O magistrado Luiz Gustavo Giuntini de Rezende, do Juizado Especial Cível de Pedregulho (SP), desabafou em sua decisão sobre um caso envolvendo um cliente do Banco do Brasil que foi impedido de entrar em uma agência bancária pelo travamento da porta giratória. “O autor não tem condição de viver em sociedade. Está com a sensibilidade exagerada. Deveria se enclausurar em casa ou em uma redoma de vidro, posto que viver sem alguns aborrecimentos é algo impossível”, diz o juiz na sentença.

Como dito anteriormente, o dano moral, para sua caracterização, necessita dor intensa, vexame ou humilhação que estejam além da normalidade, normalidade essa auferida com base no conceito de homem médio, assim, não é qualquer dissabor, ou um mero aborrecimento normal do cotidiano, como situações que gerem algum transtorno eventual e tolerável, que serão passíveis de indenização por dano moral, evitando assim a saturação do judiciário com situações que em muitas das vezes se resolveriam com um acordo entre ambas as partes afetadas apenas, levando assim, ao abarrotamento do Poder Judiciário. Porém, tal bom senso ou discernimento, não pode ser exigido dos indivíduos que integram a sociedade, com o propósito de que detenham, ainda que mínimo, conhecimento para avaliar a situação e identificar quando o seu direito foi realmente violado, visto que a indenização por dano moral (e toda sua classificação) não é de fácil interpretação nem mesmo para os operadores do direito.

3.4- Causas Da Banalização Do Dano Moral

São muitas as causas que vieram a contribuir com a banalização do instituto em questão. Porém, resumidamente, explanaremos sobre as três principais causas desse fenômeno: A subjetividade do juiz na caracterização de real violação ao direito e no arbitramento do valor da indenização, a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95) e a Assistência Judiciária Gratuita.

3.4.1- A Subjetividade e o Bom Senso do Juiz

Como a lei não dispõe de elementos objetivos, ou ainda, de tabelamento, quanto à quantificação do valor da indenização, tal procedimento passa a ter caráter subjetivo, cabendo ao magistrado a árdua missão de quantificar o valor da indenização, valendo-se do princípio do livre convencimento do juiz, dos princípios gerais regradados pelo direito, valendo-se também da analogia e dos costumes, estes regulados pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código civil Brasileiro, isso tudo somado a proporcionalidade e a razoabilidade aplicadas a cada caso concreto.

Assim dispõe Pablo Stoco,

“Por causa da omissão legislativa em algumas hipóteses de dano moral, tem-se permitido a fixação de valores segundo o “prudente arbítrio do juiz”, atribuindo-se a esse poder discricionário uma amplitude enorme, ilimitada e, assim, perigosa.” (STOCO, 2007, p. 1397).

Em razão da inexistência de critérios uniformes, ao magistrado cabe ainda, ao fixar o quantum indenizatório, observar os seguintes requisitos:

- a) observância da posição sócio cultural, do estado emocional e psicológico, e do grau de escolaridade de ambas as partes;
- b) a análise da culpa e da intensidade do ânimo em ofender a vítima;
- c) observância do quanto gravosa foi à ofensa bem como quanto a sua repercussão, e ainda do prejuízo sofrido pela vítima;

d) observar a posição econômica das partes, com o propósito de que a indenização não seja elevada de forma que possa prejudicar a subsistência do ofensor, e de modo que não se torne fonte de enriquecimento sem causa ao ofendido;

e) aplicação da teoria do desestímulo, onde o valor estabelecido tem o condão de desestimular a reincidência daquele ato danoso;

f) fixação de quantia suficiente a compensar o dano sofrido,

g) outros fatores que possam colaborar para a fixação do montante a ser indenizado.

Deste modo pode-se concluir que cabe apenas o Juiz analisar o caso em concreto, para possa punir, reparar ou compensar a vítima do dano, ou até mesmo fixar multa por litigância de má-fé em casos excepcionais onde ha um verdadeiro abuso do instituto do dano moral, por parte do autor da ação.

3.4.2- Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95)

Em 26 de setembro do ano de 1995 foi editada a Lei n.º 9.099, que instituiu a criação e a instalação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito estadual, para processar e julgar causas cíveis de menor complexidade, ou seja, as que tenham seu valor não excedente a quarenta salários mínimos, conforme disposto no artigo 3º da lei em questão.

O artigo 9º da lei em questão, a assistência das partes por advogado será facultativa, desde que o valor da causa não seja superior a vinte salários mínimos, ainda que previsto diferentemente no artigo 1º, inciso I, da Lei nº. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Porém, dependendo da complexidade da causa, é conveniente alertar as partes quanto à necessidade de um advogado, bem como, alertar as partes que em caso de recurso, independente do valor da ação, ambas as partes, obrigatoriamente, deverão ser representadas por um advogado.

A lei n.º 9.099/95, em seu artigo 2º, versa sobre os princípios em que se baseia o sistema do Juizado especial Cível: princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, cujos objetivos é o acesso ao

judiciário, para que assim possa haver, antes de tudo, uma conciliação entre as partes, trazendo assim uma rápida solução ao litígio.

O princípio do Juizado Especial Cível que iremos analisar nesse estudo é o princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, disposto no artigo 54 da Lei em questão, pois tal princípio é que contribui fortemente para o grande aumento das demandas em busca de indenização por dano moral e, algumas delas, sem fundamento algum, ou calcadas, como já dissemos antes, em meros aborrecimentos comuns do dia a dia.

“Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.” (Lei Juizado Especial, nº 9.099/95).

Entretanto, ainda que no primeiro grau de jurisdição, o princípio da gratuidade não será observado quando presente a litigância de má-fé, sendo compreendido como má-fé quando se deduz pretensão em juízo ou defesa em processo judicial contra texto expreso de lei ou fato incontroverso, que alterar a verdade dos fatos, que usar do processo para conseguir objetivo ilegal, que interuser recurso meramente protelatório entre outros, devendo aquele que assim o fizer responder por perdas e danos, conforme disposto no artigo 16 do Código de Processo Civil e artigo 55 da Lei Juizado Especial, nº 9.099/95.

“Art. 16. Responde por perdas e danos àquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

“Art. 55, A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogados, ressalvados os casos de litigância de má-fé [...]” (Lei do Juizado Especial, nº 9.099/95).

Todas essas facilidades e benefícios inovadores da lei, apesar de ser um instrumento muito importante e necessário para muitas pessoas, podem servir para outras como uma forma de enriquecimento sem causa – a parte não tem nada a perder ao ajuizar a demanda. No caso de sua ação ser julgada improcedente, a parte também não arcará com as custas e honorários advocatícios caso não fique veemente demonstrada sua litigância de má-fé: “Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé”.

Apesar de ter suas exceções, o princípio da gratuidade que tem por objetivo a facilitação do acesso das populações mais carentes ou menos abastadas ao judiciário, tal princípio acaba por abrir as portas do judiciário, em alguns casos, para tentativas, verdadeiras aventuras judiciais, uma vez que por não haver custas e nem honorários advocatícios, faz com que o autor da demanda sinta que não tem nada a perder, pois ainda que não vença a lide, também não terá qualquer despesa, não terá qualquer prejuízo, desse modo, vemos o aumento de demandas com o objetivo de obter indenizações por danos morais que carecem de pressupostos mínimos para sua caracterização.

O Juizado Especial Cível veio dar acesso ao menos favorecidos, oportunizando que pessoas que necessitam recorrer ao judiciário tenham seus direitos efetivados, respeitados, ou ainda, ver reparado um dano que impede que sua vida prossiga normalmente, tamanho o dano, ou, tamanho a consequência psicológica desse dano, entretanto, em meio às situações que realmente justificam a criação de tal lei, temos também aqueles que vê em possibilidade de vantagem em tudo, o verdadeiro “jeitinho brasileiro”, que se aventuram sem medo, valendo-se das benesses oferecidas pela lei.

3.4.3- Assistência Judiciária Gratuita (Lei n.º 1.060/50)

Ao mencionar a assistência judiciária gratuita, faz-se diferenciar os termos assistência judiciária e assistência jurídica, a própria Constituição Federal trata dessa diferenciação, sendo que a garantia constitucional recai sobre a assistência jurídica, já a Lei n.º 1.060/50 trata da assistência judiciária.

Analisando ambos os termos verifica-se que um abrange o outro, pois a assistência judiciária refere-se ao Poder Judiciário, ou seja, refere-se aos atos praticados após postulada a ação, de outro modo, a assistência jurídica tem maior abrangência, englobando além da assistência judiciária, a assistência pré-judiciária, ou seja, antes da propositura da ação e não apenas após iniciados os atos processuais.

A assistência jurídica gratuita é o benefício que é concedido pelo Estado ao litigante que não dispõe de recursos financeiros para arcar com as despesas judiciais e extrajudiciais.

Lei da Assistência Judiciária Gratuita,

[...] denomina-se assistência jurídica gratuita o auxílio que o Estado oferece – agora obrigatoriamente – aos que se encontram desprovidos de recursos financeiros, dispensando os mesmos do pagamento das custas e das despesas judiciais e extrajudiciais, bem como dos honorários advocatícios de seu patrono e/ou consultor jurídico, quer tenha este atuado em juízo ou não, isto é, judicial ou extrajudicialmente, ficando ainda suspensa a exigibilidade do ônus da sucumbência, quando tenha perdido a demanda o favorecido, até que cesse o seu estado de necessidade e enquanto a prescrição não se operar. (arts. 11,§ 2º, 12 e 13 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950).

Assim sendo o beneficiário fica isento de todas as despesas, como preceitua o disposto no artigo 5º, inciso LXXIV, ao dispor que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de fundos”, tal norma contribui para o acesso da população ao Judiciário, assim, efetivando o princípio da igualdade, ao propiciar que as classes menos abastadas exerçam seus direitos.

A lei n.º 1060, de 05 de fevereiro de 1950, estabelece as normas para a concessão da assistência judiciária.

O artigo 2º da referida lei menciona que fará jus ao benefício *“todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar às custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”*

A condição de necessitado foi ampliada, de forma que abrange não somente a parte miserável, mas também classes econômicas mais fracas, mesmo que não estejam em estado de insuficiência absoluta, demonstrando assim, que não há um critério rigorosamente definido para que haja a concessão do benefício.

Portanto, da mesma forma que ocorre na hipótese da Lei n.º 9.099/95, observa-se que aqueles que buscam a efetivação de um direito ou a reparação de um direito violado, são encorajados pela possibilidade de ajuizar demanda, sem risco de qualquer prejuízo financeiro, porém, em meio a situações realmente ensejadoras da necessidade de estar em juízo e de fazer jus aos benefícios concedidos pelo Estado, temos também, a quantidade exacerbada de causas infundadas, buscando indenizações por dano moral, que carecem de todos os requisitos para a incidência de tal instituto, isso tudo, porque além da possibilidade de lucro quase certo em razão da não possibilidade de prejuízo, há também o encorajamento em razão da dificuldade em identificar quando houve o dano moral e

quando não houve, pois como dissemos no início desse estudo, torna-se algo extremamente difícil para o magistrado valorar a dor, o sofrimento, o constrangimento, uma vez que cada indivíduo sente de uma maneira, podendo se tratar de real situação onde ocorreu o dano, ou ainda, de indivíduo de sensibilidade exacerbada.

Os benefícios trazidos pela lei 9.099/95, essa concessão do benefício de litigar sem gastos é um dos fatores que pode provocar o crescimento do número de ações protelatórias, aventureiras e que banalizam o instituto do dano moral.

Neste sentido, Silvio Rodrigues;

Os mecanismos utilizados à guisa de facilitar o acesso à justiça como dispensa de custas, advogados dativos, dispensa de depósitos recursais, fomentam a enxurrada de ações trabalhistas e de ações de pequenas causas, só porque seus autores sabem que isso não acarreta nenhum custo econômico. (RODRIGUES, 2008, p. 154).

Diante de tudo que fora exposto nesse estudo, não se pode deixar de mencionar a grande importância do instituto tutelado pelo artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal, que visa salvaguardar os direitos mais importantes e intrínsecos de todo e qualquer cidadão, os direitos da personalidade. Porém é de extrema necessidade que haja a coibição do abuso na propositura de ações de indenização por danos morais, para que no futuro, aqueles que em verdade forem afetados no seu íntimo, não venham a não poder requerer, ou ainda que o façam, não consigam ver reparados os danos diante do desdém que a Justiça poderá desenvolver a esse tipo de demanda.

3.5 Combatendo a Indústria dos Danos Morais

Como vimos neste estudo, este excesso de pedidos indenizatórios desprovidos de fundamentação agiganta o número das demandas e conseqüentemente congestionam a Justiça, e o que colabora para tanto é nosso ordenamento jurídico, que acaba por facilitar o ajuizamento de novas ações.

Em casos extremos, quando entende que houve má intenção, o juiz acaba condenando a parte por litigância de má-fé. Mas essas decisões ainda são raras no

Judiciário, segundo advogados, diante da crescente demanda de pedidos descabidos.

Apesar de crescente, os casos de pedidos descabidos ainda são minoria, segundo o professor de direito do consumidor da Universidade Mackenzie, Bruno Bóris. E são incentivados principalmente pelo fato de não se precisar contratar um advogado para ajuizar causas de até 20 salários mínimos. "Quando essa pessoa ganha uma vez na Justiça, sem ter muita razão, ela percebe que pode fazer um dinheiro extra com essas ações", diz Bóris.

Segundo o advogado Bruno Bóris, o consumidor se sente protegido pelo sistema judicial "e acaba por extrapolar".

Desta forma deve a justiça condenar os consumidores mal intencionados que entraram com ações contra empresas sem terem sido realmente lesados. As sentenças devem inibir a prática, segundo advogados da área.

A questão foco é a seriedade da Justiça, que socorre aqueles que efetivamente precisam dela, mas ultimamente, o Poder Judiciário tem sido visto como moroso dispendioso e atravancado, o que gera um descrédito na prestação jurisdicional e a culpa é de quem? Da população que não foi educada, ou do Estado que permitiu que chegasse a esta situação.

O profissional do Direito detém, ou deveria deter o conhecimento técnico-jurídico necessário para analisar determinado fato e concluir se está diante de uma possível reparação por danos morais, ou se a situação não traz em si os requisitos necessários à configuração do mesmo e assim conciliar seu cliente de que não se trata de um pretensão digna de mérito.

O artigo 80 do novo Código de Processo Civil, especialmente em seus incisos I, VI, tratam exatamente do assunto que estamos abordando, ou seja, constitui um dever, previsto em lei, não formular pretensões sabendo que estão destituídas de fundamento.

Como abordado tópico a cima o aumento crescente de ações que buscam indenizações por dano moral pode ser explicado tanto pelo advento da Lei nº 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais), que traz benefícios como a gratuidade processual, ainda que apenas em primeiro grau, como pela Lei n.º 1.060/50 (Lei Assistência Judiciária Gratuita), pois ainda que ambas as leis já existam a bastante tempo no ordenamento jurídico grande parte da população desconhecia a sua existência.

De um modo geral a sociedade evoluiu muito, o conhecimento e a informação deixou de ser privilégio de poucos, uma das causas prováveis foi o acesso as redes digitais, tal acontecimento fez com que a população tivesse fácil acesso a todo tipo de informações, informações essas que antes eram desconhecidas pela maioria população. Assim, sustentamos que são guardiões do instituto, além dos juízes, os advogados, que devem orientar seus clientes para que não aleguem um dano moral inexistente, sob pena serem condenados por litigância de má-fé.

A quem sustente que o termo “indústria do dano moral” é uma ficção concebida pela imaginação criativa dos detentores dos meios de produção, em especial dos grandes grupos econômicos que atuam no mercado de consumo, visando suavizar a exploração imposta e justificar os danos causados ao consumidor vulnerável. Não há nenhum fundamento para sustentar essa alegação, até porque o que vier a ser recebido como indenização por dano moral será definido como justo pelo Estado-Juiz, através do devido processo legal, ademais, não haveria demanda se não houvessem indícios da prática de conduta lesiva, portanto, a alegada “indústria do dano moral” deve ser vista de forma avessa, ou seja, o que existem são seqüências de práticas ilícitas cometidas por aqueles que de todo modo, tentam impedir, que o consumidor lesado busque a proteção jurisdicional.

Nesse aspecto, merece especial atenção o fato de que quando o consumidor busca o Judiciário, a fim de obter indenização por danos morais, um longo caminho já foi percorrido; as tentativas de composição extrajudicial já se exauriram e o causador do dano, apostando na impunidade, espera e acredita sinceramente que o lesado não recorrerá ao Estado-Juiz para tutelar o seu direito; principalmente porque sabe que a demanda será lenta, em virtude do abarrotamento dos Juizados; assim, mesmo que a vítima persista, contará o ofensor com outros aliados: a conciliação protelatória, o recurso cabível e ainda o lucro obtido à custa de outros lesados, durante todo o período de espera.

Assim, a suposta indústria do dano moral atende somente aos ofensores, uma vez que além de não reparar o dano, de não dar a sensação de justiça, os valores pífios que sequer arranham seu ostensivo patrimônio, criam na mente dos infratores do dano moral a mentalidade de que devem continuar com suas condutas ofensivas, pois para o ofensor é mais barato continuar do que mudar.

Ressalte-se, contudo, que a democratização do acesso à justiça e a ampliação da tutela do sujeito promovida pela lógica constitucional não podem ser

tidas por sinônimos de uma suposta “indústria”, não devendo ser confundidas com a banalização das demandas judiciais infundadas. No Brasil, as demandas de danos morais são antes reflexos da absorção deficiente dos direitos da personalidade do que efetivamente meios de lucro para seus autores, uma vez que seu crescimento não está associado ao benefício econômico auferido a partir do dano moral.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa demonstrou que o instituto da responsabilidade civil, em especial a indenização por danos morais, é um tema especialmente relevante no contexto jurídico brasileiro.

O tempo passa, e a caminhada do ser humano é e sempre será evolutiva, bem como sua convivência em sociedade geradora de conflitos e de interesse, e destes conflitos surgem situações que ultrapassam os limites aceitáveis ou os meros aborrecimentos do dia-dia, acaba por gerar consequências que efetivamente precisam ser reparadas junta a justiça.

É claro que muitas dessas consequências dependendo do fato ocorrido não podem ser restituídas, pois tratam de bens não disponíveis, nem redutíveis a valor econômico, como a vida, integridade física, moral.

Observa-se que embora a aceitação da ampla reparabilidade dos danos morais seja tese que só há pouco tempo se tornou razoavelmente pacífica na maioria das legislações contemporâneas, a história das nações demonstrou de forma clara, que sempre houve preceitos normativos que amparavam algumas dessas pretensões. O ofensor precisa ser punido de alguma forma, antes agora de forma financeiramente, pois já foi tempos atrás punido com pena de morte, mas como o mundo mudou, as leis se evoluíram e encontramos novas formas de punir e reparar. Eis aí a reparação por danos morais e sua finalidade: compensar a dor da vítima ao mesmo tempo em que gera uma punição ao agente.

Como foram ditos minuciosamente neste trabalho, o dano moral é aquela lesão que afeta a paz interior de uma pessoa, atingindo seu patrimônio ideal e causando-lhe sentimentos negativos, dores, desprestígio, desequilíbrio em sua situação psíquica. Ocorre, portanto, no plano da subjetividade, na esfera dos valores da pessoa enquanto ser social.

Com isso, surge a figura do Estado-Juiz, investido da função de promover a Justiça, julgando ou mediando conflitos, mas muitas vezes sufocado, congestionado, moroso, pelo excesso de pedidos indenizatórios que se avolumam, mas que nem deveriam estar ali, por se tratarem de pedidos inconsistentes, indevidos, descabidos e desprovidos de base legal.

Como vimos à reparação por danos morais teve uma longa história até ser expressamente aceita em nosso ordenamento jurídico. No entanto, em poucos anos, ela se tornou uma fonte renda fácil.

Com base no estudo realizado, observa-se que realmente há um grande aumento das ações de indenização por dano moral, que em suma, ocorre em função da globalização, evolução da sociedade como um todo, somado ao senso exacerbado de justiça do homem e a falta de parâmetros realmente eficazes. Agora muitos sabem que “tem direito”, mas como não tem conhecimento aprofundado da matéria relacionada, sempre que possível iram buscam amparo ao judiciário para solucionar casos irrelevantes.

De um modo geral a sociedade evoluiu muito, o conhecimento e a informação deixou de ser privilégio de poucos, uma das causas prováveis foi o acesso as redes digitais, tal acontecimento fez com que a população tivesse fácil acesso a todo tipo de informações, informações essas que antes eram desconhecidas pela maioria população.

Para combater esse acúmulo de processo com pedidos banais, cabe apenas conscientizar e punir, caba a nós estudantes do direito e advogados como conhecedores mais aprofundado do direito, o dever de orientar seus clientes para que não aleguem um dano moral inexistente, informando-os de serem condenados por litigância de má-fé.

Porem digamos que um advogado tenha orientando e aconselhando seu cliente a não ingressar com uma demanda no judiciário por falta de amparo legal, esta pessoa poderá iniciar uma ação sem a necessidade daquele advogado perante o juizado especial cível, pois o servidor não irar impedir seu livre acesso à justiça, principio este contido na constituição.

Desta forma acaba por fim ao juiz o dever de coibir a banalização do instituto nos casos extremos, quando entende que houve má intenção, o juiz deverá condenar a parte por litigância de má-fé, essa pratica de condenação ainda é mínima o que acaba não intimidando novas ações de pretensão fúteis.

Todavia, não a que se cogitar em pôr fim neste instituto, pois ele tem lugar importante junto a sociedade, o que deve ser posto em discussão é seu verdadeiro significado, pois a população ainda não o entende, deve-se ficar claro na mente das pessoas, para que haja a configuração do dano moral pressupõe, necessariamente, a ocorrência de alguns requisitos, quais sejam: lesão a um bem jurídico moral, pertencente a uma pessoa; efetividade ou certeza do dano; relação de causalidade entre a conduta lesiva e o dano; subsistência do dano no momento da reclamação; legitimidade para pleitear a indenização; ausência de causas excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito e a força maior, etc.

Precisamos apreciar este instituto, impedindo que ele seja banalizado, tratado como algo sem valor, pois sua função é essencial e indispensável na sociedade em que vivemos.

A utilização sem critérios do instituto do dano moral cria o descrédito e banaliza este tão importante instrumento, por isso é necessário que o Estado busque ampliar as casas de apreciação, instituindo mais vagas para juízes e mais juizados que tenham por fim atender o constante crescimento da população, cabe também ao Judiciário adotar critérios sólidos, severos e punitivos aos litigantes de má-fé, e aos operadores do direito que utilizem de ética, cautela e prudência na propositura de demandas relacionadas a este assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Adriana. **Danos morais considerados absurdos**. Disponível em: <http://www.edn.adv.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=124&Itemid=61>. Acesso em 10 de abril, 2015

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 de janeiro, 2015

BRASIL. **Código Civil. 1916. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 03 de janeiro, 2015

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 01 de fevereiro, 2015.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 29 de abril, 2015

BRASIL. **Novo Código Civil. 2002. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 05 de janeiro, 2015

CONJUR, **Justiça faz esforço para não alimentar indústria do dano moral**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/justica-faz-esforco-nao-alimentar-industria-dano-moral>>. Acesso em: 14 de março, 2015

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Dano moral: um estudo sobre seus elemento**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819>. Acesso em: 20 de abril, 2015

STF, Jus Brasil. **Recurso especial: Resp. 1399931 MG 2013/0281903-4**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24976890/recurso-especial-resp-1399931-mg-2013-0281903-4-stj>>. Acesso em 05 de fevereiro, 2015

STF, Jus Brasil. **Recurso especial: Resp. ° 489.325 RJ (20140059422-5)**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25227719/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-489325-rj-2014-0059422-5-stj/relatorio-e-voto-25227721>>. Acesso em 05 de fevereiro, 2015

TJ/MS, Jus Brasil. **Apelação: APL 00612429820108120001 MS 0061242-98.2010.8.12.0001**. Disponível em: <<http://tj->

ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127548795/apelacao-apl-612429820108120001-ms-0061242-9820108120001>. Acesso em 02 de janeiro, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. 2. tir. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, José de Aguiar, **Da Responsabilidade Civil**, II volume, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev, atualizada de acordo com o código civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. – Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume - Responsabilidade Civil, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

GAGLIANO FILHO, Pablo Stolze., Rodolfo Pamplona. **Responsabilidade Civil**. 7 ed. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**. V. 2: obrigações e responsabilidade civil. 2. Ed. Revista dos tribunais. São Paulo. 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil**, 4º volume, São Paulo, Saraiva, 1978.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, v. 7: **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto; CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **O DANO MORAL e sua interpretação**. São Paulo, Saraiva, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. 26 vol. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

PORTO, Macius. **Dano Moral. Proteção de Consciência e da Personalidade.** Ed. 4º, São Paulo, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RONCONI, Diego Richard. **A Responsabilidade Civil nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia,** Revistas dos Tribunais, 2006.

SANTOS. Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável.** 2.ed. São Paulo, Lejus, 1999.

SANTINNI, Jose Rafaelli. **Dano Moral.** São Paulo: Millenium, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência.** 7. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas De Direito Civil.** Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil,** Buenos Aires: Astrea, 1982.

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO GRAMATICAL DE MONOGRAFIA

Declaro, para os devidos fins, que procedi a correção gramatical da monografia feita pelo formando **Clarimundo Sérgio Ferreira Duarte**, intitulada “**A INDÚSTRIA DO DANO MORAL NO ÂMBITO CIVEL**”, a ser apresentada a banca examinadora da FACER - Unidade Rubiataba, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso realizado na Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba-Go.

Por ser verdade, firmo a presente

Rubiataba-GO, 01 de agosto de 2015.

Prof.^a Regina Duarte Pedro
RG- 3546765 DGPC-GO