

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JADE GABRIELE SANTANA LOPES

A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL.

SALVADOR

2018

JADE GABRIELE SANTANA LOPES

A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL.

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Lino Carvalho Júnior

SALVADOR

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, cuja averiguação se deu pela seguinte banca examinadora:

Pedro Lino Carvalho Junior – Orientador: _____

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Metodologia e Didática do Ensino Superior (UCSal) e em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA).

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda: _____

Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFBA, além de procuradora do trabalho no Ministério Público do Trabalho (MPT).

Cláudio Dias Lima Filho: _____

Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), onde é também professor assistente da Faculdade de Direito.

Salvador, _____ de agosto de 2018.

AGRADECIMENTOS

Sempre é muito difícil fechar um ciclo importante de nossa vida, porém, a conclusão de uma graduação é o começo de uma longa jornada de novos acontecimentos. Para isso, é preciso agradecer a todas as pessoas que participaram deste momento.

Agradeço a Deus, força infinita que possibilita a todos nós vencermos os nossos obstáculos e obter vitórias na tantas batalhas da vida.

Agradeço à minha família, por toda a força, apoio incondicional e compreensão pelo tempo de distância e concentração tão necessária à esta fase vivida.

A todos os amigos e companheiros de jornada na Faculdade de Direito da UFBA, local de muitas trocas, aprendizados e muito crescimento pessoal, sobretudo ao corpo docente da nossa *Alma Mater*.

LOPES, Jade Gabriele Santana. A banalização do instituto do dano moral. 2018. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A análise do processo de banalização do instituto do dano moral se faz imprescindível contemporaneamente para destacar efetivamente uma noção geral sobre o que é responsabilidade civil, o conceito estabelecido de dano no ordenamento jurídico pátrio, a evolução histórica do dano moral, seu cabimento, pressupostos, diferenciação em relação ao dano material e o exame do instituto comparado ao entendimento sedimentado pela jurisdição americana. Visando refletir sobre essas questões, o presente trabalho tem por objetivo destacar as possíveis soluções ao uso indevido desse tão importante instituto do direito, demonstrando os meios possíveis de contenção a sua crescente banalização. Pretende-se traçar as possíveis causas da banalização do instituto, dentre as quais, a flexibilização dos pressupostos ensejadores na configuração do dano moral, a facilitação de acesso ao judiciário, a influência do dano punitivo no ordenamento pátrio, a crescente litigância de má-fé e a imprecisão quanto aos critérios de definição do quantum indenizatório.

PALAVRAS-CHAVE: Instituto do dano moral. Banalização do direito. Litigância de má-fé.

LOPES, Jade Gabriele Santana. The banalization of the institute of moral damage. 2018. Monograph (Undergraduate) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The analysis of the process of banalization of the institute of moral damage is at the same time essential to highlight a general notion about what is civil liability, the established concept of damage in the legal order of the country, the historical evolution of moral damage, its appropriateness, differentiation in relation to the material damage and the examination of the institute compared to the understanding settled by the American jurisdiction. Aiming at reflecting on these issues, the present work aims to highlight possible solutions to the misuse of this important institute of law, demonstrating the possible means of restraining its increasing banalization. It is intended to outline the possible causes of the banalization of the institute, among them, the flexibilization of the prerequisite assumptions in the configuration of moral damage, the facilitation of access to the judiciary, the influence of punitive damages in the country's order, the increasing litigation of bad faith and the imprecision as to the criteria for the definition of the indemnification quantum.

KEYWORDS: Institute of moral damage. Banalization of the right. Bad faith's litigation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|--|
| CC/02 | Código Civil de 2002 |
| CF/88 | Constituição da República Federativa do Brasil |
| CP | Código Penal |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2 UM PANORAMA GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL | 12 |
| 2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL | 12 |
| 2.2 AS CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 12 |
| 2.2.1 Diferenciação entre a responsabilidade subjetiva e objetiva..... | 13 |
| 2.2.2 Diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual | 14 |
| 2.3 SOBRE A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 15 |
| 2.4 PRINCIPAIS OBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 15 |
| 3 OS PRESSUPOSTOS CONSTITUIDORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 17 |
| 3.1 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 17 |
| 3.2 O ELEMENTO CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL | 17 |
| 3.3 A CONDUTA HUMANA | 18 |
| 3.3.1 Sobre o ato ilícito como elemento da responsabilidade..... | 19 |
| 3.4 O NEXO CAUSAL | 20 |
| 3.4.1 Teoria da equivalência das condições..... | 20 |
| 3.4.2 Teoria da causalidade adequada..... | 21 |
| 3.4.3 Teoria dos danos diretos e imediatos..... | 22 |
| 3.4.4 As excludentes da responsabilidade..... | 22 |
| 3.5 O DANO | 23 |
| 3.5.1 O dano patrimonial..... | 24 |
| 3.5.1.1 Distinção em relação ao dano moral..... | 25 |
| 3.5.2 O dano indenizável..... | 25 |
| 3.5.3 A reparabilidade do dano | 26 |
| 4 UM ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DO DANO MORAL | 28 |
| 4.1 CONCEITO DE DANO MORAL | 28 |
| 4.2 ANÁLISE HISTÓRICA DO DANO MORAL | 29 |
| 4.2.1 O dano moral na antiguidade..... | 29 |
| 4.2.2 A evolução histórica do dano moral no direito brasileiro..... | 31 |

| | |
|---|-----------|
| 4.3 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL | 34 |
| 4.3.1 Crítica à irreparabilidade anterior à Constituição de 1988..... | 35 |
| 4.3.1.1 Relação dos critérios da irreparabilidade e a não banalização do dano moral..... | 37 |
| 4.3.1.2. A incerteza de um direito verdadeiramente violado..... | 37 |
| 4.3.1.3 A dificuldade em se descobrir a existência do dano..... | 38 |
| 4.3.1.4. O perigo de se conceder um poder ilimitado ao Juiz..... | 39 |
| 4.4. HIPÓTESES DE CABIMENTO..... | 40 |
| 4.5. O DANO PUNITIVO AMERICANO E A DISTINÇÃO EM RELAÇÃO À CONCEPÇÃO BRASILEIRA DE DANO..... | 41 |
| 4.6. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO..... | 43 |
| | |
| 5 O DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO..... | 46 |
| 5.1 UMA VISÃO GERAL SOBRE A RELAÇÃO DE EMPREGO | 46 |
| 5.2 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL | 47 |
| 5.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E O ACIDENTE DE TRABALHO..... | 48 |
| 5.4 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA | 50 |
| | |
| 6 BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL..... | 52 |
| 6.1 AS CAUSAS DA SUA BANALIZAÇÃO..... | 52 |
| 6.1.1 Da ausência da verificação dos pressupostos ensejadores na configuração do dano moral..... | 52 |
| 6.1.1.1 Sobre a ausência da verificação da culpa nos casos além da responsabilidade objetiva..... | 53 |
| 6.1.1.2 Sobre a problemática quanto à determinação do nexos causal..... | 54 |
| 6.1.1.3 Sobre a ampliação do conceito de dano ressarcível..... | 56 |
| 6.1.2 A crescente facilidade de acesso ao Judiciário à gratuidade da justiça..... | 57 |
| 6.2 SOBRE A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL | 59 |
| 6.3 SOLUÇÕES AO DANO MORAL BANALIZADO..... | 60 |
| 6.3.1 A instituição de uma reparação não pecuniária..... | 60 |
| 6.3.2 A real demonstração do ato danoso..... | 61 |

| | |
|--|-----------|
| 6.3.3 A contenção do litigante de má-fé..... | 62 |
| 6.3.4 Rejeição à ideia de dano punitivo..... | 64 |
| 6.4 JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA SOBRE O TEMA | 64 |
| CONCLUSÃO..... | 67 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 69 |

1 INTRODUÇÃO

O fácil acesso à justiça é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. No Brasil, cada vez mais o Poder Judiciário deixa de ser uma instituição distante e assustadora, para se tornar um instrumento legítimo de alcance de direitos e garantias individuais.

É imprescindível destacar, no entanto, que atualmente na sociedade brasileira, alguns fundamentos jurídicos vêm perdendo seu sentido ontológico e se afastando cada vez mais do ideário de justiça, de modo a se perfazer apenas como um meio de obtenção de vantagens econômicas. O dano moral talvez seja um dos exemplos mais nítidos dessa recente transformação.

É importante destacar que o dano moral se propõe a refletir a violação por atos que lesionem bens extrapatrimoniais de uma pessoa, e deve ser aferido com base em critérios objetivos, que respeitem os pressupostos da responsabilidade civil, se distanciando, portanto, de condutas na esfera da normalidade. No entanto, percebe-se que o dano moral tem apresentado um distanciamento do seu papel inicial e com isso se constitui a necessidade de analisar a vertente trivial que esse instituto vem absorvendo, e que pode gerar a sua futura banalização.

Para tanto, é imprescindível o estudo de alguns fatores que em congruência podem levar a esse resultado, demonstrando, ao final, as possíveis soluções de prevenção a essa realidade futura.

2 UM PANORAMA GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Não se pode falar sobre a banalização do dano moral sem um estudo prévio do que é responsabilidade civil, afinal, é com base nos preceitos estabelecido na disciplina que se verificará se o dano é de fato banalizado.

A responsabilidade é um campo que conta com considerável nível de interdisciplinaridade, porque está presente em outras áreas do direito, afinal, toda manifestação ensejadora de prejuízo está em certa medida inserido em seu domínio. Por isso, sofre adaptações de acordo com o ramo em que se aplica, mantendo, no entanto, intacto seus princípios estruturais e fundamentos.

Entende-se responsabilidade civil como toda atividade humana que provoca dano, em regra ilícitamente, e viola uma norma jurídica constituída, o que subordina seu ato a obrigação de reparar.

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona,

conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilícitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (STOLZE; PAMPLONA, 2012, p.54).

O nascimento da responsabilidade civil se dá, portanto, na agressão a um interesse particular, que obriga quem lesou ao pagamento de uma prestação pecuniária compensatória sempre que não houver possibilidade de restituição da coisa a seu estado inicial.

Depreende-se assim, que a responsabilidade civil ocorrerá sempre que houver a junção dos elementos do dano, conduta do agente e por fim do nexo de causalidade.

2.2. AS CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como forma de melhor compreender o instituto, se faz necessário segmentar o tema e classificá-lo conforme a existência do elemento culpa da conduta humana e, posteriormente, diferenciá-lo de acordo com a norma jurídica que foi lesada.

2.2.1 Diferenciação entre a responsabilidade subjetiva e objetiva.

No Código Civil de 1916, prevalecia a teoria clássica da culpa, que adotava a responsabilidade civil subjetiva, isto é, quando o dano ocorria pela presença dos elementos culpa ou dolo. Com o passar do tempo, no entanto, se verificou a existência de inúmeras situações em que havia dano, mas inexistia a presença desses elementos, fazendo com que inexistisse reparação nesses casos.

Por conta desse vazio legislativo, buscou-se com o tempo ampliar o entendimento de culpa e se estabeleceu o conceito de responsabilidade civil indireta, que é exceção à regra geral de que cada indivíduo responde pelo ato infrigente que praticou e possibilita a culpa presumida nos casos de inobservância da obrigação do dever de vigilância.

Preceitua Caio Mário da Silva Pereira que,

Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do ônus probandi. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. (PEREIRA, 2001, p. 266).

Finalmente, no Código Civil de 2002, ocorreu de fato uma inovação com o art. 927, que possibilitou à aplicação da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Pela concepção objetiva, a culpa não precisa ser nem ao menos caracterizada, sendo necessário apenas um elo entre o ato praticado pelo agente e o dano.

Art. 927, parágrafo único.

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, atualmente no Brasil, a regra geral ainda é a responsabilidade civil subjetiva, contudo, excepcionalmente, se poderá adotar a responsabilidade objetiva nos casos especificados pela lei e quando as atividades do autor implicarem em risco para os direitos do outro.

2.2.2 Diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual

Outra classificação em relação à responsabilidade civil é a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. A contratual ocorre sempre que houver uma relação jurídica preexistente com inobservância de um dever estabelecido contratualmente, enquanto que a extracontratual, que é mais ampla, ocorre quando há violação de um mandamento legal.

Ou seja, a distinção da classificação se fundamenta na natureza da norma jurídica que foi lesionada, inclusive, na legislação brasileira existe estabelecimento de normas específicas para cada classificação.

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém. (STOLZE; PAMPLONA, 2012, p.54).

Entre as principais distinções dessa classificação está à presença de três elementos centrais, quais sejam: preexistência de uma relação jurídica, o ônus da prova quanto à culpa (que é presumido nos casos de responsabilidade contratual e provado nos casos de responsabilidade extracontratual) e a diferença quanto à capacidade.

Cabe observar que, nos casos de responsabilidade contratual, a lesão nasce do inadimplemento da obrigação estabelecida no próprio negócio jurídico, logo, a culpa em regra é presumida e o ônus da prova é invertido.

No caso da responsabilidade extracontratual, por se tratar de um dever jurídico negativo previsto em lei, que implica em não lesar o outro, a culpa deve ser provada por quem alega.

Finalmente, no caso de responsabilidade contratual por se tratar de relação obrigacional oriunda de um negócio jurídico, pressupõe capacidade do agente, tendo em vista que o incapaz só pode celebrar contrato quando representado ou assistido juridicamente.

2.3. SOBRE A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil, salvo nos casos excepcionais previstos em lei, decorre do ato ilícito provocado pelo autor da lesão. Como se sabe, qualquer ato ilícito produz uma instabilidade no contexto social, que no ordenamento jurídico pátrio tem como consequência lógica uma sanção.

Como já foi demonstrado anteriormente, há situações onde a responsabilidade é objetiva, não sendo um ato ilícito o despertador da ação de responsabilidade, podendo existir responsabilidade civil decorrente do risco da atividade exercida.

No entanto, mesmo nesses casos, a responsabilidade tem natureza sancionadora, uma vez que há uma presunção legal de que a atividade exercida conta com um alto risco de considerável previsibilidade e que envolvem terceiros.

2.4. PRINCIPAIS OBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o ato danoso, ocorre à ruptura da ordem jurídico-econômica existente entre o agente e a vítima, é natural que com isso ocorra uma profunda insatisfação social que só será retomada com o reestabelecimento do equilíbrio a situação anterior à lesão. Assim, a satisfação do anseio natural de justiça provocado pela prática ato ilícito, constitui uma das funcionalidades do instituto da responsabilidade civil.

Ademais, a responsabilidade civil possui três objetivos principais: o primeiro, talvez o mais importante, é reparar a situação da vítima ao *status quo* anterior à lesão. Essa função é

conhecida como função compensatória do dano a vítima, sua pretensão é a reposição do que foi danificado em natura ou diante da impossibilidade realizar o pagamento de uma quantia indenizatória.

No entendimento de Clayton Reis,

o ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. (REIS, 2000, p. 78).

O segundo objetivo, talvez não tão nobre, tem relação com o desejo humano de vingança e consiste na ideia de punição do ofensor, no entanto, consiste apenas em uma função secundária, podendo inclusive ser dispensada nos casos em que há total reestabelecimento da situação jurídica anterior.

E por fim, a função socioeducativa da responsabilidade civil, que tem por escopo dirimir a ocorrência de comportamentos similares na sociedade, atenuando as práticas lesivas de uma forma generalizada.

3 OS PRESSUPOSTOS CONSTITUIDORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1. OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para uma análise mais geral sobre os elementos que compõe a responsabilidade civil, se faz necessário à análise do dispositivo legal que a respalda no Código Civil atual. Assim, é estabelecido no art.186, do Código civil de 2002:

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.

Depreende-se, portanto, pela análise do texto, que os pressupostos da responsabilidade civil são: o dano, a conduta humana (resultante tanto de uma ação, quanto de uma omissão) e por fim, o nexu causal, responsável pela ligação entre os elementos anteriores.

Para uma análise mais detalhada, os elementos serão estudados em tópicos específicos.

3.2. O ELEMENTO CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na vigência do código de 1916, por conta do baixo nível tecnológico da época, não havia uma verdadeira preocupação com as atividades de risco (já que esse fato que era pouco conhecido naquele momento histórico) e como se sabe, foi esse o fato ensejador da responsabilidade objetiva.

Com o avançar do tempo e com a promulgação da nova legislação civil, por força do art.927, foi inserido o instituto da responsabilidade objetiva, isto é, quando a culpa não precisa ser caracterizada para que se configure a responsabilidade.

Assim, o entendimento que se gera é que a culpa, embora seja um elemento acidental da responsabilidade civil, não configura um dos pressupostos necessários para sua existência, tendo em vista que lhe falta generalidade para ser aplicado em todos os casos.

3.3. A CONDUTA HUMANA

A conduta humana pode ser definida como comportamento voluntário de ação ou omissão com escopo à produção de consequências jurídicas. Contém a presença de dois aspectos principais, quais sejam: o físico, que é materializado com a ação ou omissão e o aspecto subjetivo da vontade.

A ação é o comportamento positivo que se constitui como a violação ao dever geral de abstenção que é próprio à obrigação de não se lesar o outro. A omissão ao contrário, pode ser compreendida como todo comportamento negativo quando se há o dever jurídico de agir, podendo esse dever ser fruto da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente.

No caso da omissão, o não impedimento do resultado significa relação direta com a ocorrência do fato, uma vez que a omissão só constitui elemento da responsabilidade civil quando da existência do dever jurídico de agir.

Nas palavras de Sergio Cavaliere Filho,

Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 26).

Ainda sobre a conduta como elemento da responsabilidade, via de regra, só ocorre a efetiva responsabilização por fato próprio praticado. No entanto, por força de lei, é possível a responsabilização por ato praticado por outrem, nos casos em que há dever de guarda, vigilância e cuidado.

Assim, por força do arts. 932, 936, 937 e 938 do Código Civil, os pais respondem pelos filhos menores em seu poder; o patrão por seus empregados; o curador pelo curatelado; o dono pelo seu animal, ou coisa, entre outros exemplos. Cabe evidenciar, que nesses casos, a responsabilidade decorre não do ato praticado em si, antes pela inobservância ao dever jurídico de guarda, vigilância ou cuidado, ou seja, nessas situações a responsabilidade decorre da própria omissão.

Em relação ao que foi dito, mesmo que o ato seja praticado por um animal ou coisa, a responsabilização vai se dirigir invariavelmente ao homem, pois um elemento fundamental para a conduta é a voluntariedade, ou seja, liberalidade do agente imputável na prática da conduta. É imprescindível a presença do elemento volitivo. Neste sentido, argumentam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: “sem voluntariedade não há que se falar em ação humana, e, muito menos, em responsabilidade civil.” (2012, p.79).

Quanto à voluntariedade, é importante destacar que não se refere à intenção ou não da prática do dano, antes, apenas na consciência daquilo que se faz deliberadamente. Justamente por isso, aplica-se tanto na noção de responsabilidade subjetiva, quanto na responsabilidade objetiva, afinal, em ambos os casos existe consciência dos atos materiais praticados.

3.3.1 Sobre o ato ilícito como elemento da responsabilidade.

Finalmente, cabe a análise da ilicitude do ato dentro do conceito da conduta humana na responsabilidade civil. Neste ponto, é conhecido que a regra geral vincula o dever de indenizar a anterior conduta contrária ao direito, ilícita ou antijurídica.

No entanto, excepcionalmente e por força de lei, é possível a existência de atos provocadores de lesão, mas que permanecem dentro da esfera legal, amparados pelo direito, como o caso, por exemplo, do indivíduo que age em estado de necessidade. Assim, por não se

tratar de pressuposto imprescindível, não abarca o rol dos elementos indispensáveis a responsabilidade civil.¹

3.4. O NEXO CAUSAL

Nexo de causalidade constitui um dos pressupostos indispensáveis à responsabilidade civil. Nele, ocorre a ligação imprescindível que reúne a conduta humana ao dano provocado sem a qual não existe a obrigação jurídica de indenizar. Conceitualmente, trata-se da obrigação necessária entre o fato lesivo e o efetivo prejuízo.

No caso concreto, no entanto, sua identificação não constitui a mais fácil das possibilidades, isso ocorre por conta da existência das concausas que podem ser tanto sucessivas quanto simultâneas.²

Por conta dessa dificuldade, foram formuladas três teorias que explicam o elemento: (i) a da equivalência das condições, (ii) a da causalidade adequada e (iii) a teoria dos danos diretos e imediatos.

3.4.1 Teoria da equivalência das condições

A teoria da equivalência preceitua que toda condição que quando suprimida resulte na inocorrência do dano pode ser considerada como uma das suas causas. Segundo Gonçalves, “o ato do autor do dano era condição *sine qua non* para que este se verificasse. Por isso,

¹ Neste caso, trata-se mais de um preciosismo metodológico, uma vez que não existe ato ilícito sem dano (seja ele moral ou patrimonial), mas existe dano sem ato ilícito. A maioria da doutrina nacional entende a ilicitude do ato como pressuposto da responsabilidade civil, no entanto, grandes nomes como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona desenvolvem sua linha de raciocínio excluindo o ato ilícito do rol de elementos indispensáveis à responsabilização.

² Elucidativo é o entendimento de Sergio Cavalieri Filho sobre o tema “concausas são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano” (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 10. ed., 3.ª tir., São Paulo: Atlas, 2012, p. 62)

chama-se esta teoria da equivalência das condições ou da condição “*sine qua non*” (2012. p. 308).

A grande crítica estabelecida para essa teoria é de que eventualmente poderia se chegar a situações absurdas, pois as causas sem relação direta com o dano teriam a mesma relevância da causa imprescindível ao dano, não se preocupando com a discriminação da causa mais adequada.

Todo fato que antecede, que se retirado, tem possibilidade de fazer o fato danoso desaparecer, é considerado como uma causa e todas as condições antecedentes nesses termos se equivalem, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “Crítica-se essa teoria pelo fato de conduzir a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexos causal.”⁴ (2012, p. 51). Poderia se chegar ao extremo de responsabilizar o fabricante de um carro como partícipe, por um atropelamento com o motorista alcoolizado.

3.4.2 Teoria da causalidade adequada

Pela teoria da causalidade adequada, só é causadora do dano a condição que além de necessária é a mais adequada para a produção do resultado final, sendo a condição mais apta para por si só produzi-lo.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves,

Ocorrendo certo dano, temos de concluir que só fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação comente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada. (GONÇALVES, 2012. p.309).

³ “*Sine qua non*” é uma expressão derivada do latim, que significa “sem a qual não”. É uma expressão normalmente usada no vocabulário nacional e faz referência a uma ação ou condição que é indispensável, que é imprescindível ou que é essencial.

⁴ Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 10. ed., 3.ª tir., São Paulo: Atlas, 2012, p. 51

Nesse caso, há uma diferenciação no nível de relevância entre as condições antecedentes, no entanto, não apresenta resposta específica sobre os critérios objetivos de escolha entre as causas, chegando-se apenas a uma solução de aplicação de bom senso e ponderação no caso concreto.

3.4.3 Teoria dos danos diretos e imediatos.

Esta teoria se constitui como uma teoria mista e é a teoria atualmente adotada no ordenamento jurídico brasileiro, por força do art. 403 do CC/2002, estabelecendo que não pode existir outra causa para explicar o dano e no caso de danos com concusas, cada agente só vai responder pela causa que for direta e imediatamente provocada por si.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira:

Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. (PEREIRA, 2002, p.79).

Dessa forma, o legislador optou por não responsabilizar o autor do dano por toda e qualquer causa oriunda da sua conduta que não seja ligada diretamente a ela, impedindo dessa forma, uma espécie de responsabilização ilimitada em relação ao lesionante.

3.4.4 As excludentes da responsabilidade

Por fim, cabe evidenciar as situações capazes de romper com a relação causal e excluir o autor do dano da responsabilização. Essas situações são conhecidas como excludentes de ilicitude e são constituídas pela legítima defesa, o estado de necessidade, o fato de terceiro, a culpa da vítima, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar.

Para Carlos Roberto Gonçalves,

se o raio provocou o incêndio que matou os passageiros transportados pelo ônibus, considera-se excluída a relação de causalidade, e o ato do agente (no caso, o transportador) não pode ser tido como causa do evento. Ou se alguém, desejando suicidar-se, atira-se sob as rodas de um veículo, seu motorista, que o dirigia de forma normal e prudente, não pode ser considerado o causador do atropelamento. (GONÇALVES, 2012, p. 312).

Cabe ainda estabelecer que concausas preexistentes não possuem o condão de eliminar o nexo de causalidade estabelecido, ou seja, o agente vai responder pelo resultado mais gravoso ainda que não tenha conhecimento da concausa antecedente agravante. Da mesma forma, no caso de causa superveniente⁵ que reforce o resultado final, não há retirada de responsabilidade do lesionante, a menos que seja forte o suficiente para romper o nexo causal se tornando causa direta de novo dano.

3.5 O DANO

Dentre os elementos ensejadores da responsabilidade civil, talvez seja o dano o mais considerável, pois é o elemento imprescindível para a responsabilização, como diria Sérgio Cavalieri Filho: “Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.” (2012, p. 76-77), isso ocorre porque o dano é pressuposto indispensável para que a indenização seja devida.

Se uma conduta, mesmo que com dolo ou culposa, em nada lesionar o outro, não há o que se falar em dever de reparar, pelo simples fato de que não vai haver nada a que se reparar. Como já foi evidenciado, a função da responsabilidade civil é proporcionar o reestabelecimento do *status quo* anterior do lesionado, obrigar a reparação nesses casos seria o mesmo que fomentar o enriquecimento sem causa no direito.

O dano, que é um elemento constitutivo e fato determinante para a reparação, pode ser entendido como uma lesão a um interesse jurídico tanto de origem patrimonial, quanto extrapatrimonial, constituindo todo decréscimo ao patrimônio jurídico de alguém.

⁵ Conceito de causa superveniente: “Ação, ou fato, que se manifesta depois da conduta delituosa e com ela concorre para a produção do resultado.” Disponível em: <<https://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100008510/causa-superveniente>.> Acesso em 16 jul. 2018.

3.5.1 O dano patrimonial.

O dano patrimonial é entendido como toda lesão ensejadora à diminuição do patrimônio que toca aos bens apreciáveis economicamente de determinada pessoa. Cabe salientar, que esses bens podem ter origem material ou imaterial. O dano patrimonial se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

Por dano emergente, entende-se o que de fato se perdeu com o dano. Sua aferição é, portanto, significativamente simples, pois basta à análise do bem em seu estado anterior a lesão para se verificar o valor necessário para se compensar o prejuízo.

Quanto ao lucro cessante, há a pretensão de verificar o que se deixou de ganhar em decorrência do ato lesionador, nesse caso, não se trata de um efeito direto ao patrimônio da vítima, antes, uma tentativa de quantificação com base nos efeitos mediatos e futuros da perda dos lucros ou redução dos ganhos, por exemplo.

se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante” (CAVALIERI, 2012, p. 79).

Cabe a ênfase na informação de que o lucro cessante deve ter por objeto a perda de um ganho de fato esperável, com uma considerável baixa no lucro certo que integraria o patrimônio do lesionado, afinal, como diria Carlos Roberto Gonçalves: “Não se indenizam esperanças desfeitas, nem danos potenciais, eventuais, supostos ou abstrato” (2012, p. 311).

Cumpra observar para isso o critério da razoabilidade, com base no homem médio, de modo a estipular o que o lesionado normalmente lucraria não fosse à ocorrência do dano. Para tanto, utiliza-se da teoria alemã da diferença, que determina com base em critérios objetivos que o valor do lucro cessante deverá ser constituído pelo diferencial entre a situação após a lesão e a situação caso a lesão não tivesse se concretizado.

Ademais, resta falar sobre o instituto da perda de uma chance, que é a restituição do prejuízo provocado pela supressão de uma oportunidade, neste caso, a chance perdida deve

ser um fato concreto não apenas conjecturado. E, ainda assim, doutrinariamente, só é indenizável nos casos em que a probabilidade do sucesso é superior a um percentual de 50%.

A restituição nesse caso é pela perda da possibilidade em si, não se relaciona com a perda da vantagem que poderia ser adquirida, ou seja, trata-se de um direito certo.

3.5.1.1 Distinção em relação ao dano moral

Como já foi dito, dano patrimonial constitui lesão a bens apreciáveis financeiramente, no entanto, é possível que exista dano a bens de não aferição econômica, onde a lesão se destina aos direitos personalíssimos da pessoa.

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona,

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade) (STOLZE; PAMPLONA, 2012, p.95).

Assim, a principal diferenciação entre essas espécies de dano reside justamente na esfera jurídica, que é atingida na lesão. Mais a frente, se verá que por conta da própria natureza do dano moral, sua forma de reparação conta com certa peculiaridade.

Ademais, considerando a relevância do estudo desse tema para esses trabalhos, pretende-se tratar sobre a amplitude do instituto do dano moral em capítulo específico.

3.5.2. O dano indenizável

Para análise do nosso estudo, se faz imprescindível à delimitação dos critérios do dano indenizável. São eles: a lesão ao interesse jurídico de uma pessoa, a certeza do dano e por fim a continuidade da situação do dano.

A lesão ao interesse jurídico de uma pessoa se constitui num requisito indispensável, na medida em que na ausência de uma agressão a um bem tutelado, não existe dano e conseqüente obrigação de repará-lo.

Já a certeza do dano se manifesta como a necessidade de dano efetivo, a obrigação de se indenizar não pode ser fruto de um dano meramente conjecturado. Tais requisitos se aplicam, inclusive, ao dano moral. É importante deixar claro que, ainda que os meios para mensuração pecuniária do dano extrapatrimonial não sejam os mais precisos, existe também nesses casos, a ocorrência de lesão certa.

E por último, a continuidade do dano, uma vez que o dano deve persistir para que, só assim, possa ser reparado. Se o próprio lesionante voluntariamente restaura a situação jurídica anterior, não há o que se falar em dano; no entanto, se a reparação for à custa do próprio lesionado, o direito à reparação persiste.

3.5.3 A reparabilidade do dano

De maneira ideal, deve-se restituir o dano trazendo de volta o estado da situação jurídica anterior à lesão, buscando-se reaver o *status quo* anterior, da maneira mais fidedigna possível, para tanto o que se perquire é a restituição integral do bem lesionado, preferencialmente de modo *in natura*.

No entanto, quando a reposição *in natura* se mostra impossível, cabe a restituição pelo pagamento da quantia correspondente a lesão. Esse cálculo deve tomar por critério uma quantificação baseada na diferença existente entre a situação jurídica anterior e a posterior a ocorrência do dano.

Neste ponto, a diferenciação em relação ao dano material e moral se tornam ainda mais nítidas, tendo em vista que esse último, por sua própria natureza, é impossível de ser ressarcido exatamente *in natura*, cabendo apenas uma compensação meramente satisfatória.

Nas palavras de Orlando Gomes (1994, p. 51), não poderia ser nem ao menos considerado uma indenização, já que indenização pressupõe eliminação dos prejuízos e consequências o que no dano moral é ontologicamente inconcebível, já que é insusceptível de avaliação pecuniária.

4 UM ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DO DANO MORAL

4.1 CONCEITO DE DANO MORAL

Tema central desse estudo, o dano moral deve ser entendido como toda lesão a valores juridicamente tutelados de uma pessoa que não possui conteúdo econômico. Ou seja, é todo dano aos valores que compõem o núcleo do princípio da dignidade.

Historicamente, com a evolução e complexidade social, constatou-se que apesar da ausência de conteúdo econômico, a lesão a tais bens deveria ser reparada na mesma medida em que repara-se o dano patrimonial. Afinal, esses bens constituem a própria personalidade humana e como tal, possui inestimável valor para com os indivíduos.

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 (STOLZE; PAMPLONA, 2012, p. 111.)

Faz-se mister destacar que, para a definição de dano moral, deve-se evitar a confusão entre a reação psíquica do lesado com a efetividade do dano, uma vez que sua configuração deve se pautar em critérios objetivos e que é possível que haja ofensa a personalidade, sem que para isso haja a dor, vexame e afins, ou seja, não depende das reações emocionais da vítima para ensejar a reparação.

Cabe informar, ainda, que há bens que compõe a personalidade da pessoa, mas que, no entanto, não apresentam relação direta com a dignidade, tratando-se da ampliação dos direitos personalíssimos que instituem prerrogativas, como o bom nome, sentimentos, convicções políticas, gostos e outros mais.

Ou seja, entre os direitos da personalidade existem uma variedade de perspectivas quando se refere às formas de lesioná-los. Existe, também, um invariável nível de violação, assim, qualquer lesão enseja a reparação, independente do grau de violação que se estabeleceu.

Por fim, conclui-se que o dano moral constitui um bem integrador da personalidade com tutela jurídica autônoma em relação ao dano patrimonial e que não se restringe a dor e sofrimento (exteriorizados ou não).

4.2. A ANÁLISE HISTÓRICA DO DANO MORAL

Para a compreensão exata do instituto do dano moral, faz-se necessário acompanhar seu desenvolvimento pela percepção histórica desde as sociedades mais antigas. O direito como um todo, assim como o instituto da responsabilidade civil, não pode ser entendido como algo estático ou imutável, uma vez que os seus conceitos são variáveis de acordo com o tempo.

Quanto à concepção de dano, sabe-se que passa a tomar alguma forma, tão logo, às sociedades começam a perceber a existência dos direitos individuais dos seus membros. Com o desenvolvimento das sociedades e natural aumento de sua complexidade se torna comum o conflito de interesses e conseqüente lesão às prerrogativas do outro.

Assim, como forma de saneamento dos possíveis conflitos provocados pela lesão a esses direitos (sejam de origem patrimonial ou extrapatrimonial), passou a se buscar meios de desestímulo a essas práticas, sabendo-se, inclusive, que as mais antigas sociedades codificadas, se protegiam com o estabelecimento de penas físicas e pecuniárias destinadas àqueles que ofendessem seus integrantes.

4.2.1 O dano moral na antiguidade

A reparabilidade do instituto do dano moral de forma sedimentada é consideravelmente nova no ordenamento jurídico brasileiro. O surgimento do dano exclusivamente moral encontrou no Brasil certa resistência até o momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando ocorreu uma pacificação dos entendimentos e admissão do instituto de forma definitiva no país.

No entanto, diante de uma análise histórica mais detalhada, percebe-se que sempre houve precedentes normativos significativos do instituto documentados já nas sociedades mais antigas que contavam com codificação.

Um exemplo disso, é o código de UR-MAMMU, promulgado entre 2140 e 2004 a.C., conhecido como uma das mais antigas codificações humanas. Esse código configurou um ponto intermediário entre o direito moderno mais abstrato e o direito arcaico excessivamente concreto. Nele, fica claro o trato com temas relativos à responsabilidade civil. Em um dos seus artigos, se pode perceber, inclusive, a determinação de um valor pecuniário diante de lesões de caráter patrimonial e moral, vide: “Por exemplo, aquele que, espancando a filha de um homem livre, faz com que ela aborte pagará uma indenização de 10 siclos de prata...”. Segundo (AYMARD; AUBOYER, 1960, p. 213 apud Pinto in Wolkmer, 2006, p.26-27).

O Código de Hamurábi, cerca de 300 anos mais novo que o Código de Ur-Mammu, também apresenta fortes indícios de reconhecimento do dano moral, na medida em que exigia reparação similar às ofensas sofridas e em alguns casos, com exceção ao direito de vingança, reparação do dano pelo pagamento de determinado valor econômico.

No direito hebraico, após uma análise dos textos do Pentateuco⁶ bíblico, ocorre uma contundente procuração com a honra e moral dos seus membros. Nesses textos, existe uma forte repressão e desestímulo a essas práticas lesivas, a exemplo do livro de Êxodos Cap 21, versículo 22, constitui um exemplo claro dessa realidade em que se estabelece a obrigação indenizatória diante de uma lesão que provoca um aborto.

se homens brigarem e ferirem mulher grávida e forem causa de que aborte, porém sem maior dano, aquele que feriu será obrigado a indenizar segundo o que lhe exigir o marido da mulher, e pagará como os juízes lhe determinarem. (BÍBLIA, Êxodos, 2008, 21:22)

Como último exemplo, o direito romano, que por suas importantes contribuições foi um grande influenciador do ordenamento jurídico brasileiro e de todo o mundo, se sabe que já na lei das doze tábuas, em meados de 390 a.C, existia o reconhecimento do dano

⁶ O Pentateuco é um nome para os cinco primeiros livros da Bíblia, os quais estudiosos bíblicos conservadores acreditam que tenham sido em sua maioria escrita por Moisés. Embora os próprios livros do Pentateuco não identifiquem claramente o autor. Definição de Pentateuco. Disponível em: <<https://www.gotquestions.org/Portugues/Pentateuco.html>>. Acesso em 16 jul.2018.

extrapatrimonial no ordenamento jurídico, sendo a reparação pecuniária extremamente presente em crimes como dano, injúria e furto além de demais atos considerados lesivos.

Os cidadãos romanos, que eventualmente fossem vítimas de injúria, poderiam valer-se da ação pretoriana a que se denominava *injuriarum aestimatoria*. Nesta, reclamavam uma reparação do dano através de uma soma em dinheiro, prudentemente arbitrada pelo Juiz, que analisaria, cautelosamente, todas as circunstâncias do caso. (STOLZE; PAMPLONA, 2012, p.119).

Como se verifica ao longo dos anos e desde as épocas mais remotas a percepção de dano moral está presente. É notório que o seu conceito sofreu natural alteração pelo lapso temporal, variação espacial ou até pelas peculiaridades que cada ordenamento optou por estabelecer, no entanto, é extremamente perceptível que a noção da reparabilidade advinda de lesão a bens tidos como extrapatrimoniais não é recente e vem norteando a vida população há um tempo considerável.

4.2.2 A evolução histórica do dano moral no direito brasileiro.

A ressarcibilidade do dano moral de forma autônoma e incontestada não ocorreu de forma imediata no direito brasileiro. Até o advento da CF/88, ocorria significativa discordância quanto à efetiva aplicação desse instituto, havendo controvérsia por parte da doutrina e jurisprudência pátria.

No entanto, historicamente, mesmo com uma abordagem consideravelmente mutável quanto à possibilidade de reparação do instituto, o dano moral sempre se fez presente no direito nacional. Sabe-se que, ainda no período das Ordenações do Reino, por volta de 1603, já existia a possibilidade de indenização para os casos onde houvesse coabitação com mulheres virgens, o valor seria arbitrado pelo juiz considerando o patrimônio do “agressor” e do pai da mulher “violada”.⁷

⁷ Sabe-se, que no direito brasileiro, o início da percepção de dano moral, esteve intrinsecamente relacionado à ideia da proteção da honra da mulher “honesta”.

Posteriormente, tanto o Código Criminal (1830), quanto o Código Penal (1890) estabeleceram possibilidade de reparação para lesões a bens claramente extrapatrimoniais, esse fato se evidencia no artigo 276, do Código Penal de 1890, por exemplo: “Art. 276 Nos casos de defloração, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condenar o criminoso o obrigará a dotar a ofendida.”

Já em 1912, ocorreu um avanço considerável em relação à adoção do instituto no direito brasileiro, o Decreto n° 2681/1912⁸ não só estabelecia responsabilidade civil das estradas de ferro do país, como também possibilitava a cumulatividade do pedido envolvendo dano material e moral ainda que advindo do mesmo fato. Diante da ausência de outras fontes reguladoras do instituto, esse dispositivo acabou por ser usado como fundamento de decisões do próprio Supremo Tribunal Federal por um longo período de tempo.

O próprio Código Civil de 1916 dava azo à interpretação da reparabilidade do dano moral em muitos dos seus artigos, como por exemplo, nos seus artigos 76⁹, 159¹⁰, 1.547¹¹, 1.548¹², 1.549¹³ 1.550¹⁴ e 1.553¹⁵, no entanto, não havia nesse código um contexto que estabelecesse de forma explícita o ressarcimento por dano dessa natureza. Assim, muitos interpretavam que o art. 76 tratava apenas de normas de cunho processual.

Quanto aos demais artigos citados, a justificativa era de que não eram claros em estabelecer a qual dano se referiam. Tal entendimento é consideravelmente frágil, tendo em vista que o (art. 1.547) tratava sobre indenização por injúria ou calúnia e o (art. 1.548) sobre a honra da mulher, ambos abordando temas de natureza claramente extrapatrimonial. Mesmo diante dessa possível interpretação, quanto à reparabilidade, a indenização por dano moral ainda era motivo de dúvida no ordenamento jurídico brasileiro.

⁸ O decreto n° 2681/1912 tratava da responsabilidade civil das estradas de ferro, sendo a primeira norma a regular a responsabilidade objetiva no Brasil, fugindo da ideia anterior de responsabilidade exclusivamente advinda da culpa.

⁹ “Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.”

¹⁰ “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.

¹¹ “Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

¹² Art.1548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado:

¹³ Art. 1.549. Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.

¹⁴ Art.1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.

¹⁵ Art.1.553. Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.

Diante da instabilidade envolvendo o instituto, foi-se promulgando inúmeras leis especiais que tratavam do tema do dano extrapatrimonial de forma específica e setorial, como foi o caso do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962)¹⁶, que estabeleceu a possibilidade de interposição de ações com pedido de dano moral ainda que não haja dano patrimonial envolvido.

A Lei de Imprensa (Lei 5.250/1962)¹⁷, que estabelecia em seu art.49 expressamente a reparabilidade do dono extrapatrimonial ou o Código Eleitoral Brasileiro (Lei 4.737/1965), que da mesma forma estabelecia de forma incontestada a reparabilidade do dano moral independente da propositura de ação penal.

No entanto, prevaleciam na doutrina e jurisprudência nacional as interpretações contrárias à adoção do instituto no Brasil, sendo nesse primeiro momento a tese proibitiva mais propensa a triunfar. É importante destacar que houve decisões jurisprudenciais favoráveis ao instituto, como é o caso do julgamento no STF, do RTJ 56.783 em 1970¹⁸, mas que nesse ponto, não existia unicidade nas decisões.

É apenas com a CF/88 que toda essa problemática teve um fim e a reparação por danos extrapatrimoniais se estabeleceu como realidade no país. Finalmente, houve concordância indubitável, pelo advento do artigo 5º (incisos V e X).

Art. 5.º. [...]: [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da 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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

¹⁶ O Código Brasileiro de Telecomunicações, aprovado pela lei 4.117 de 27 de agosto de 1962, foi à base do crescimento das telecomunicações brasileiras. História do código brasileiro de telecomunicações. Disponível em: <<https://seer.ufs.br/index.php/eptic/article/view/315>>. Acesso em 16 Jul.2018.

¹⁷ A Lei 5250/67 – Lei de Imprensa foi criada e posta em prática no período da Ditadura Militar e sua vigência persiste até hoje, com algumas alterações advindas da Constituição de 1988. Sobre a lei de imprensa. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6628/Lei-de-Imprensa>>. Acesso em 16 Jul.2018.

¹⁸ O julgamento do RTJ 56.78, em 1970, no STF tinha por objeto a morte de um menor por acidente de trânsito e a condenação inovou com a indenização dos lucros cessantes e do dano Moral mesmo em um período em que a reparabilidade não era constitucionalmente reconhecida no ordenamento pátrio.

À luz da constituição, o novo Código Civil brasileiro (2002) reconheceu o dano moral de forma expressa, em seu art. 186¹⁹, que traz, inclusive, a expressão dano “exclusivamente moral”. Atualmente, esse instituto conta com posição consolidada no meio jurídico, com total autonomia frente ao dano material e reparabilidade estabelecida no art. 927²⁰.

4.3. A REPARABILIDADE DO DANO MORAL

É perceptível a modificação histórica desse instituto. No primeiro momento, com a proliferação de argumentos, como as de que havia imoralidade da cobrança, e que não havia plausibilidade em se estabelecer uma quantificação pecuniária para a dor²¹, havia uma completa negação em relação a sua reparação.

Com o decorrer do tempo, no entanto, esse conceito começou a ser dissipado pela constatação de que a indenização tratava-se apenas de uma breve compensação frente à lesão provocada.

Diferente da reparação, que era desejada nas lesões patrimoniais e que pressupunham preferencialmente a equivalência da reparação *in natura*, no caso do dano moral, pela própria impossibilidade de sua natureza, o que se pretende estabelecer é uma espécie de satisfação para a vítima, substituindo o dissabor anterior pelo prazer.

Em um segundo momento histórico, ultrapassado o entendimento de que a reparação pela lesão a moral não constituía um direito, passou-se a interpretação de necessário condicionamento das ações de indenização por dano moral a ações de indenização por dano patrimonial.

A reparação nesse caso era fagocitada pelo dano patrimonial, sendo o dano moral absorvido por esse último, a indenização finalmente se dava pelo dano patrimonial. Tal medida resultava invariavelmente no injusto, pois, como se sabe um mesmo ato lesionante

¹⁹ 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.

²⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²¹ Mesmo no cenário jurídico atual, com total inserção do instituto do dano moral ao ordenamento, é comum a nível popular o uso de brocardos, como a “dor não se paga” ou “Não existe preço para a dor”.

tem condão de resultar em danos com efeitos distintos, logo, não caberia se falar em unicidade de reparação num contexto de pluralidade de danos.

Como já foi dito, só após a Constituição de 1988, o dano moral foi tido como indiscutivelmente autônomo, reparável e cumulável com o dano patrimonial, sendo na atualidade um instituto plenamente consolidado do ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe, por fim, como é intuito desse trabalho, destacar uma possível última abordagem sobre a reparabilidade do dano moral, outrora irreparável, mas que por ausência de critérios objetivos, vem caminhando para um processo de industrialização e banalização.

Pela relevância do tema, o estudo sobre as possíveis causas da banalização do instituto do dano moral, será trabalhado em capítulo específico.

4.3.1 Crítica à irreparabilidade anterior à constituição de 1988

Para um entendimento contundente sobre a banalização do instituto do dano moral na atualidade, se faz necessário analisar o que talvez seja o seu maior contraponto, qual seja, a fase da irreparabilidade.

Neste ponto, pretende-se examinar através de uma perspectiva crítica as causas levantadas pela doutrina e jurisprudência como justificativa para o entendimento que o dano moral não era passível de reparação no período anterior a constituição de 1988.

A primeira justificativa talvez se apoie no fato do instituto do dano moral tratar do dano a bens incorpóreos e possuir uma carga de subjetividade intrínseca um pouco maior que outros institutos. Justamente por isso, lhe falte aos olhos da crítica um efeito durável o suficiente para respaldar a reparação.

No entanto, é importante destacar que não é a duração do sofrimento causado que fundamenta a restituição. A duração talvez tenha influência na quantificação valorativa da indenização, mas o que justifica a reparação é apenas a lesão à dignidade do indivíduo. Ademais, esse entendimento não considera a existência de danos materiais de duração reduzida.

Um segundo ponto levantado pela crítica é a indeterminação quanto ao número de atingidos, pois, diferente do dano material, quando em regra há uma facilidade na determinação, no dano moral não há, uma vez que não é visível e que poderia abarcar um quantitativo de pessoas ilimitado. A solução para esse entendimento foi perceber, com base no homem médio, os parentes próximos com relação de consanguinidade como presumidamente lesados e exigir dos demais uma efetiva comprovação do dano. Diante de tal solução, não seria congruente o afastamento da reparabilidade do dano moral nesse caso.

Só em favor do cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores há uma presunção *juris tantum* de dano moral por lesões sofridas pela vítima ou em razão de sua morte. Além dessas pessoas, todas as outras, parentes ou não, terão que provar o dano moral sofrido em virtude de fatos ocorridos com terceiros. (CAVALIERI, 2012, p. 99).

A dificuldade em se estabelecer um quantitativo matematicamente exato em relação à lesão sofrida foi outro ponto levantado; em resposta, é preciso destacar que não é possível essa determinação absolutamente precisa ou o estabelecimento de uma relação perfeita entre intensidade do dano e valor da indenização, sendo a reparação apenas um alívio em consequência do prejuízo sofrido.

Nessa mesma vertente, está à parcela que considera imoral a compensação pecuniária em relação à dor experimentada. A reparação em dinheiro não teria o condão de satisfazer o bem moral atingido, ocorrendo assim, uma incompatibilidade entre dano e reparação, em razão da sua própria natureza.

Esse entendimento, no entanto, não deve prosperar, na medida em que seria muito mais gravoso ao ordenamento jurídico que uma lesão a um dos direitos da personalidade fosse apenas ignorada sem qualquer consequência. Além disso, a indenização é apenas a compensação através de um prazer para atenuar um mal sofrido.

Por fim, o quinto argumento é o entendimento da impossibilidade jurídica de reparação do pedido, mas fica claro que é facilmente refutável, uma vez que toda lesão ao direito deve ser tutelada pelo Estado, até como uma forma de atenuar o surgimento de cada vez mais lesões à dignidade dos seus membros, servindo assim, como uma forma de desestímulo dessas práticas.

4.3.1.1 Relação dos critérios da irreparabilidade e a banalização do dano moral

Dentre as críticas levantadas e defendidas por grande parte da doutrina e jurisprudência, no período de vigência do Código Civil de 1916, três se revelam consideravelmente significativas em relação ao desvirtuamento do dano moral e sua possível banalização.

Portanto, é imperioso para o andamento desse trabalho, destacá-las das demais, pela influência direta em relação ao tema desse estudo. São elas: (i) a incerteza de um direito verdadeiramente violado; (ii) a dificuldade em se descobrir a existência do dano; e finalmente (iii) o perigo de se conceder um poder ilimitado ao Juiz. Desses pontos, cabe uma análise mais detalhada que se verificará no tópico seguinte.

4.3.1.2 A incerteza de um direito verdadeiramente violado

O dano moral pode ser definido como qualquer dano a bens juridicamente tutelados com a capacidade de proporcionar prejuízos de caráter imaterial. É antes de tudo o entendimento que uma pessoa tanto pode ser lesada no que se é, quanto no que se tem.

Por representar um prejuízo a bens que apresentam uma subjetividade mais elevada, e por ser uma lesão de difícil percepção visual, a crítica da reparabilidade do dano moral, passou a defender que uma vez que a lesão não era passível de comprovação, poderia não ser verdadeira. Entendia-se que por ser imaterial, não existia. Se tratava de um direito abstrato, sem valor jurídico e, portanto, não seria razoável o entendimento que o dano poderia ser ressarcível em nenhuma hipótese.

Nesse sentido preceitua Caio Mário da Silva Pereira:

para aceitar a reparabilidade do dano moral seria preciso convencer-se de que são ressarcíveis bens jurídicos sem valor estimável financeiramente em si mesmo, pelo só fato de serem ofendidos pelo comportamento antijurídico do agente. (PEREIRA, 1998, p. 56).

No entanto, o dano moral se concretiza tão logo haja violação dos direitos da personalidade. Sua certeza se manifesta com a violação de um direito extrapatrimonial e deve ser reparado, pois existe ainda que de forma imaterial.

Cabe ressaltar, porém, que a crítica não é no todo infundada, uma vez que pela nebulosidade e imprecisão no estabelecimento da efetividade do dano passou a ser comum a confusão entre real lesão ao direito com meros aborrecimentos comuns ao cotidiano do homem médio. É comum no Judiciário a propositura de ações em que não há efetivamente um direito verdadeiramente violado e em muitos casos os requisitos solicitados não são atendidos.

A grande falha dessa crítica é a conclusão de que pela incerteza da real violação do direito, todo o instituto do dano moral perde a relevância, não devendo ser adotado. Não se deve chegar a esse extremo, considerando os inúmeros casos de lesão legítima à direitos da personalidade que deixariam de ser atendidos; no entanto, é cabível a preocupação com o tema apenas na medida para se evitar o uso desmedido e inadequado do instituto.

4.3.1.3 A dificuldade em se descobrir a existência do dano

No mesmo sentido do tópico anterior, estabelece-se como possível crítica ao dano moral a dificuldade na comprovação do sentimento de sofrimento pelo ofendido. É necessário destacar, desde logo, que para a ocorrência da lesão a personalidade não há a necessidade da existência da dor em si; se assim fosse, todos os indivíduos com maior sensibilidade estariam muito mais propensos a sofrer o dano moral em detrimento daqueles que não o são.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho,

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor; vexame, sofrimento, assim como pode haver dor; vexame e sofrimento sem violação da dignidade. (CAVALIERI, 2012, p. 114).

Ademais, pelo critério de razoabilidade, que toma por base o homem médio, se torna mais nítida a identificação do dano concreto à dignidade do indivíduo, cabendo ao magistrado verificar com base nesse critério se houve de fato a lesão.

No caso concreto, é imprescindível que o judiciário efetivamente aplique esse entendimento, de modo a evitar um excessivo melindre generalizado na sociedade, evitando assim, que paulatinamente o padrão do homem médio se “rebaixe” apenas porque se tornou parte do imaginário popular que ações de cunho extrapatrimonial constituem uma fácil possibilidade de obtenção de vantagem econômica gerada pelo menor dos problemas.

Cada vez que uma decisão judicial deixa-se confundir em relação aos critérios que distinguem o dano moral do mero aborrecimento, se caminha um passo a diante para a banalização desse instituto do direito.

Novamente, a crítica deve ser entendida não como fundamentação para o fim do dano imaterial, mas, como um cuidado a se tomar para que ao contrário, se possa gerar a sua manutenção.

4.3.1.4 O perigo de se conceder um poder ilimitado ao Juiz

No direito brasileiro, cabe ao magistrado o arbitramento do valor indenizatório. O perigo de se conceder tão amplo poder ao juiz se revela como última crítica contundente em relação ao instituto do dano moral.

Tal entendimento se justifica por conta da natural impossibilidade de se estabelecer matematicamente um critério de equivalência perfeito entre o dano extrapatrimonial e o valor financeiro da sua reparação; além disso, também há o fato da dificuldade de comprovação da ocorrência do dano em si. Em última instância, o receio é de que a discricionariedade do Judiciário, sem critérios pautáveis, levassem necessariamente a uma situação de arbitrariedade.

É imperioso destacar, no entanto, que o juiz não está livre para decidir descomedidamente, afinal, toda decisão judicial está subordinada ao princípio da motivação das decisões judiciais, além do próprio princípio da razoabilidade.

Ademais, sendo o destinatário final de todas as provas, se revela a melhor opção no arbitramento do valor indenizável, possuindo as melhores condições para o estabelecimento de uma compensação justa no caso concreto.

No pior dos casos, em face de uma situação de perceptível não razoabilidade ainda tem a decisão injusta possibilidade de reforma pelos tribunais superiores, tanto na majoração do valor estipulado, quanto para sua minoração.

Assim, mais uma vez a crítica que refuta a existência do dano moral, pode ser absorvida e resignificada, de modo a contribuir para que o instituto não se desvirtue do seu sentido original, já que isso resultaria em sua banalização.

Serve, portanto, como alerta para que o magistrado nunca deixe de pautar-se com cautela e bom senso, levando em conta as circunstâncias do caso em que ocorreu a lesão, como a intensidade do ato, sua extensão ou até a situação econômica do lesante e lesado.

A adoção dessas medidas minimiza, de forma considerável, a ocorrência de pedidos de indenização com valores astronômicos, ou que sejam completamente desproporcionais às lesões sofridas.

4.4. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Sabe-se que a ausência de critérios objetivos na análise dos danos extrapatrimoniais é talvez um dos fundamentos que contribuem para o processo de banalização do instituto. Portanto, cabe a análise dos critérios estabelecidos de modo a definir suas reais hipóteses de cabimento.

De pronto, como parte do instituto da responsabilidade civil, se entende que são três os elementos necessários na lesão moral. Como já vimos, são eles: o nexo de causalidade, a conduta humana (em regra culposa) e por fim o dano, que nesse caso se destina a um bem jurídico não aferível economicamente.

Como veremos em tópico específico, há uma considerável dissipação da necessidade desses pressupostos, onde a culpa, critério indispensável antes da vigência do CC/02²², vem ganhando uma presunção quase que automática mesmo nos casos além da responsabilidade objetiva.

Na jurisprudência pátria, o nexo causal, da mesma forma vem perdendo considerável rigor objetivo, uma vez que existe uma forte variabilidade de escolha das concepções a serem adotadas, o que resulta no ápice de que situações semelhantes sejam julgadas de maneira diversa e tenham resultados opostos.

Ademais, existe, ainda, cada vez menor espaço em relação às excludentes de causalidade, o que leva a situações onde o réu acaba assumindo, os prejuízos por atos de culpa exclusiva da vítima ou até de terceiros.

E por fim, o dano vem se mostrando como último requisito consistente para a determinação da responsabilidade. Sua definição é de imprescindível valor para a verificação do mérito da ação de dano moral, portanto, uma perspectiva abstrata de seu conceito, a admissão do entendimento de que ele é necessariamente presumível ou a adoção de critérios equivocados demonstra ser um dos elementos indispensáveis para a receita de um instituto banalizado.

Cabe nesse tópico apenas a demonstração de que o dano moral é cabível, somente quando conta com os elementos acima citados, a demonstração de como os elementos constituidores do seu cabimento vem se tornando cada vez menos palpáveis é objeto de estudo do capítulo seguinte.

4.5. O DANO PUNITIVO AMERICANO E A DISTINÇÃO EM RELAÇÃO À CONCEPÇÃO BRASILEIRA DE DANO

O *punitive damages*, concepção americana de dano moral, se embasa em pilares diferentes dos critérios brasileiros. Um exemplo disso, é que na fixação do dano moral americano conta-se além do caráter compensatório com o chamado dano punitivo, enquanto

²² O Código Civil de 2002, com o art. 927, estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de responsabilidade civil por culpa objetiva.

que o que no sistema nacional existe apenas a fixação levando em conta o valor estritamente compensatório.

Ademais, no modelo americano, o valor empregado no dano punitivo costuma ser maior que o valor do dano compensatório, estabelecendo uma indenização superior ao supostamente necessário à compensação da vítima e conseqüentemente a levando a uma espécie de enriquecimento sem causa, o que poderia ser percebido, em certa medida, como fator contributivo para desmoralização da real vítima do dano moral.

No Brasil, a acepção que é aceita se desvincula do caráter preponderantemente vingativo do modelo americano, apresentando um viés de cunho compensatório pelos danos sofridos, que se soma a uma carga educativa capaz de desestimular o dano em si, sendo, portanto, em última análise, um binômio “compensação desestímulo”.

Nas palavras de Guilherme Augusto Caputo Bastos,

No Brasil destaca-se o caráter punitivo como fator de desestímulo por meio da imposição de um valor suficiente a servir como uma efetiva punição ao agente lesante, a ponto de demovê-lo de novas práticas lesivas da mesma espécie ou diversa. (BASTOS, 2007, p. 92).

Em síntese, o modelo americano se diferencia do brasileiro na medida em que o americano engloba parcelas indenizatórias independentes e que a indenização naquele sistema é fixada por júri popular, gerando a maior possibilidade de influência de cunho emocional, o que é mais difícil de ocorrer no brasileiro, uma vez que é fixado por um juiz togado.

Essa diferenciação, naturalmente, reduz consideravelmente o *quantum* indenizatório no nosso sistema. No entanto, mesmo aqui em menor grau, vem tomando corpo a famigerada “indústria das indenizações”; cabe, portanto, ao Poder Judiciário conter os possíveis abusos de modo a resistir à banalização do instituto.

4.6 CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Como já foi demonstrado, uma das críticas à reparabilidade do dano moral foi justamente a imprecisão na quantificação do valor indenizatório. Acreditava-se que por não se poder auferir de maneira matemática o dano extrapatrimonial, era necessário estipular critérios de modo a prevenir possíveis arbitrariedades em sua valoração.

Na tentativa de dirimir esses possíveis abusos, começaram a se buscar os mais variados critérios de quantificação dos valores indenizatórios, de modo a estabelecer uma quantia razoável em relação à lesão efetivamente provocada. Um exemplo disso é o tabelamento que visa estabelecer limites mínimos e máximos de acordo com elementos como a gravidade do dano, grau de discernimento ou situação econômica dos envolvidos.

No período anterior a Carta Constitucional de 1988, tentou-se estabelecer por meio de dispositivos legais a quantificação do dano moral. Assim, o Código Brasileiro de Telecomunicações estabeleceu no seu art. 84, §1º²³, a limitação de 5 a 100 salários mínimos para os casos em que houvesse calúnia, injúria ou difamação, sendo esse critério o adotado entre os tribunais pátrios na época para a determinação do quantum indenizatório.

A Lei de Imprensa (Lei n. 25.250/67) no mesmo período, também estipulava o limite indenizatório para os casos envolvendo empresas de informação ou divulgação, bem como, para jornalistas no exercício da profissão nos arts. 51²⁴ e 52.²⁵

Após a promulgação da Constituição de 1988, ficou clara a opção pelo arbitramento judicial. Nele, se estabelece que cabe ao juiz a delimitação do valor específico a cada caso,

²³ Art.84 §1 montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

²⁴ Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

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

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

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

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

²⁵ Art.. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

devendo essa delimitação se pautar no princípio da razoabilidade e no princípio da motivação das decisões judiciais; além disso, caso os critérios anteriores não se vislumbrem, ainda seria possível a revisão dessas decisões pelo duplo grau de jurisdição.

Com a Constituição, as leis anteriores nos dispositivos que tratavam da limitação do arbitramento judicial perderam a eficácia, não sendo permitindo ao legislativo a interferência nas decisões dos magistrados, uma vez que por estarem em relação direta com o caso concreto, contam com maior capacidade avaliativa.

No entanto, mesmo após a CF/88, foram propostos projetos de lei, como o PL nº 7.124/2002²⁶, que tinha por objetivo justamente a determinação de valores predefinidos de acordo com a gravidade do dano, o que fere a norma constitucional, na medida em que limita o arbitramento consagrado constitucionalmente.

Diante dos métodos adotados, o que parece melhor se enquadrar ao caso em questão seria o método do arbitramento, no entanto, os critérios para essa estipulação devem ser precisos e de acordo com a razoabilidade para evitar excessos para qualquer dos lados.

Tal caráter, porém, no meu modo de sentir, jamais pode escorregar para os caminhos tortuosos das indenizações milionárias, que, ao invés de educar o ofensor e coibir novos abusos de mesma índole por parte de outros indivíduos, promovem a corrida do ouro, aos pretórios de todo país, na aventura alucinante da busca de enriquecimento, da noite para o dia. (BASTOS, 2007, p. 103)

Por fim, entende-se que é necessário que passe a ocorrer uma maior vigor legal, de modo a inibir ações descabidas cujo maior objetivo é a obtenção de vantagem pecuniária, cabe ao juiz ainda, com base na razoabilidade, estabelecer a relação entre o pedido do autor da ação e o homem médio, de modo a tornar objetivo os critérios que asseguram à vítima o direito à indenização.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho,

[...] o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a

²⁶ Posteriormente, o projeto de Lei foi tido como inconstitucional pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em sessão ordinária realizada em 30 de junho de 2010.

intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI, 2012, p. 105).

5 O DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO

Cabe nesse estudo à reserva de um tópico sobre o direito trabalhista, e como o dano moral se estabelece nos parâmetros do direito do trabalho, para tal, é importante destacar a principal medida que diferencia o dano moral nessas condições, que é a presença da ideia de subordinação preexistente a prática lesiva.

Nesse caso, há um acréscimo de complexidade, por se tratar de uma relação que naturalmente conta com uma das partes em relação de hipossuficiência, o que poderia majorar a intensidade da prática danosa. Ademais, não se poderia aplicar as regras de direito civil de forma isolada nos casos em questão.

5.1 UMA VISÃO GERAL SOBRE A RELAÇÃO DE EMPREGO

Para uma análise sobre o dano moral no direito trabalhista, se faz imprescindível analisar a caracterização jurídica de relação de emprego, com um panorama geral das suas peculiaridades e especificações.

Em primeiro plano, destaca-se a ideia de que a relação de emprego se estabelece sempre que for demonstrada relação de subordinação e dependência jurídica no desenvolvimento da atividade laboral, que é o que diferencia a relação trabalhista das demais relações de contratos de atividade de natureza civil. Aqui, uma das partes se coloca em um estado de subordinação maior, configurando o próprio estado de sujeição.

Tão importante quanto esse entendimento é o conhecimento dos próprios elementos constituidores da relação de emprego, quais sejam, a pessoalidade²⁷, onerosidade²⁸,

²⁷ Pessoalidade é encontrada naquela pessoa física que trabalha para o empregador não podendo se fazer substituir por terceiros, ou seja, aquela pessoa física contratada terá, ela mesma, que prestar o serviço. Conceito do elemento pessoalidade. Disponível em: <<https://www.pontodosconcursos.com.br/artigo/13893/milton-saldanha/relacao-de-trabalho-e-relacao-de-emprego-seus-requisitos-e-distincoes>>. Acesso em 23 jul. 2018.

²⁸ Quando na relação de emprego, o empregado aceita ceder sua força de trabalho em troca de uma contraprestação, quer seja, o salário por seus serviços. Conceito de onerosidade na relação trabalhista. Disponível em: <<https://joaovictorpsadv.jusbrasil.com.br/artigos/476993447/elementos-caracterizadores-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em 23 jul. 2018.

permanência ou não eventualidade²⁹ e por fim a já citada subordinação.³⁰ Além dos elementos essenciais citados, encontram-se também os elementos acidentais de continuidade³¹ e exclusividade³².

Uma vez observado esses elementos, pode-se falar sobre a relação de emprego, e estando essa relação já delimitada, cabe um estudo sobre o dano moral ocorrido no direito do trabalho, com todas suas possíveis variáveis.

5.2 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL

Com a separação da Justiça do Trabalho em relação à justiça comum, criou-se inicialmente uma espécie de nebulosidade em relação à competência adequada para julgamento de pedidos por reparação de dano moral dentro da relação trabalhista.

Assim, quando o dano se relacionar exclusivamente em decorrência do contrato de trabalho, entende-se que a ação deve ser julgada na competência da Justiça do Trabalho; quando a lesão for relativa ao indivíduo como pessoa, cabe ação de reparação por competência da justiça comum.

Tal diferenciação é necessária, na medida em que não teria a justiça civil condições adequadas de modo a melhor satisfazer as peculiaridades típicas das relações trabalhistas, como o estado de subordinação, por exemplo.

²⁹ Quando é necessário que o trabalho prestado seja permanente. Conceito de não eventualidade. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1187970/quais-os-requisitos-necessarios-para-a-caracterizacao-da-relacao-empregaticia-barbara-damasio>>. Acesso em 23 jul. 2018.

³⁰ “... a ausência de subordinação econômica ou técnica é irrelevante, por si só, para afastar o vínculo empregatício, por exemplo, no caso de um professor universitário que não dependa do salário da instituição de ensino para sobreviver, nem precisa de seu empregador para aprender o seu ofício.” Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho, Novo Curso de Direito Civil, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. III, p. 340.

³¹ “Trata-se da permanência levada a grau absoluto, ou seja, não somente o trabalho com habitualidade, mas também em todos os dias da semana, observados os repousos obrigatórios.” Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho, Novo Curso de Direito Civil, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. III, p. 340

³² Prestação de serviços de forma restrita a um empregador.

Nas palavras de Jorge Pinheiro Castelo: “Só o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho se mostram adequados a dar conta e compreender as razões específicas da tutela do direito moral atribuídas ao trabalhador subordinado” (1996, p. 39).

Uma vez determinado que seja de competência da Justiça do Trabalho as causas relativas a dano moral, oriundas de lesões decorrentes da relação de emprego, se mostra indispensável verificar se no caso em hipótese se está de fato tratando de uma relação de emprego, para tanto se deve verificar o momento em que a lesão ocorreu em relação a vigência da relação de emprego.

Assim, na fase pré-contratual, por não haver propriamente um vínculo jurídico estabelecido, nem o estabelecimento das posições de empregado e empregador, não cabe à competência da Justiça do Trabalho, por não existir nesse ponto uma fonte de obrigações trabalhistas.

Na fase contratual, tem-se a competência da justiça especializada estabelecida de forma já sedimentada, não cabendo quaisquer dúvidas visto que há a vigência da relação de emprego, pelo mesmo motivo, no momento da extinção do vínculo empregatício, também há competência da justiça do trabalhista.

Já na fase pós-contratual, mais uma vez é da competência justiça cível, tendo em vista que neste ponto a relação de emprego já se exauriu, cabendo apenas à lesão à pessoa dos sujeitos da antiga relação de emprego, em nada se relacionando com a antiga qualificação jurídica existente.³³

5.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E O ACIDENTE DE TRABALHO

Como se sabe, com o advento da responsabilidade objetiva, o empregador passou a responder pelos riscos da atividade exercida. Assim, é responsável (ainda que haja o amparo

³³ A posição adotada nesse estudo não conta com apoio irrestrito da doutrina, sendo um exemplo claro o posicionamento de Luiz de Pinho Pedreira, que entende que a competência da justiça trabalhista recai sobre quaisquer das fases da relação de trabalho.

ao direito de regresso do art. 934³⁴ do código civil de 2002) pela conduta do seu empregado, seja em relação a terceiros ou a demais empregados da instituição.

Outro ponto é sobre como a responsabilidade se manifesta em relação à conduta lesiva praticada em relação ao empregado. Neste caso, por ausência de norma específica quanto à forma de responsabilidade do empregador, sua resposta deverá variar de acordo com as circunstâncias ensejadoras da lesão.

Assim, nos casos de dano praticado de um funcionário em relação a outro, é claro o entendimento de responsabilidade objetiva, no entanto, quando a lesão é praticada por terceiros, deve-se aplicar a regra geral de responsabilidade subjetiva.

Entende-se, também, que nos casos de lesão praticada pelo empregador diretamente ao empregado a responsabilidade é subjetiva, salvo em hipóteses de norma específica que torne objetiva a responsabilidade ou em situações excepcionais em que atividade do empregador é naturalmente de risco, onde seria demasiadamente custoso ao empregado a demonstração do elemento anímico nos casos em que o dano já é esperado.

Por fim, cabe a análise da responsabilidade objetiva quanto a acidentes de trabalho, que por decorrência do art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988³⁵, é entendida como subjetiva.

Tal medida parece um contrassenso, já que pelo art. 927, parágrafo único, do CC/02, há responsabilidade objetiva, sempre que por força de lei se assumo o risco da atividade econômica ou nos casos em que a atividade exercida represente potencialidade de lesão a terceiros.

Essa é aplicação nos casos que em tese lesionante e lesionado encontram-se em considerável paridade de posição, não sendo prudente imaginar que nos casos em que a relação seja naturalmente desigual por conta da hipossuficiência, deva existir comprovação de dolo ou culpa na conduta lesiva.

³⁴ Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

³⁵ Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVIII — seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Da mesma forma, preceitua Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona em sua obra.

A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador, pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilização objetiva, teria um direito a responder subjetivamente [...] (STOLZE; PAMPLONA, 2012, P.352).

5.4 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Com a recente reforma trabalhista, ocorreu uma considerável modificação quanto à forma adotada na reparação por danos morais no direito do trabalho, já que antes vigorava o arbitramento indenizatório, em que cabia ao juiz a determinação do *quantum* indenizável, balizado apenas pelos parâmetros de razoabilidade do caso concreto.

No entanto, com o artigo 223-G, § 1º da reforma da CLT, foi instituído o dano moral tarifado em nosso ordenamento, adotando faixas de tarifação variáveis de acordo com a natureza de cada lesão e estipulando como limite máximo dos benefícios o valor do Regime Geral da Previdência.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

(...)

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Essa nova abordagem de reparabilidade, no entanto, vem contando com duras críticas, na medida em que por sua própria natureza é impensável a tarifação de uma lesão que alcança os direitos personalíssimos de uma pessoa.

Ademais, com a CF/88, a ideia de tarifação se mostrou ultrapassada em nosso ordenamento, sendo um exemplo claro dessa medida a decisão quanto à tarifação estabelecida na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), que não foi recepcionada pelo novo texto constitucional.

Na ocasião, o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto na ADPF 130³⁶, preceituou.

[...] esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça (LEWANDOWSKY, 2009, s/p.).

Na atualidade, a ideia de tarifação aparece como uma forma de limitação à amplitude da reparação por danos extrapatrimoniais defendido na Constituição Federal, uma vez a adoção de critérios rígidos e inflexíveis poderia resultar em uma barreira ao alcance irrestrito que é dado constitucionalmente.

Tal medida, mais uma vez, configura uma clara incongruência, na medida em que estaria aplicando ao hipossuficiente da relação trabalhista critérios mais rígidos do que na relação cível, onde a reparabilidade se manifesta por meio de arbitramento e em regra não há disparidade na relação do autor do dano e lesionado.

O que se pretende defender nesse trabalho é a adoção de critérios razoáveis na estipulação do *quantum* indenizatório, de modo que não se torne banal a ponto de perder seu sentido ontológico, nem tampouco inalcançável ao indivíduo verdadeiramente lesado, por esse entendimento o critério de reparabilidade por tarifação demonstra ser inadequado.

³⁶ Decisão quanto ao acolhimento da lei de imprensa após a constituição de 1988. “Por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência”. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=recep%C3%A7%C3%A3o&aq=chrome..69i57j0l5.4364j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em 23 jul. 2018.

6 BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL

6.1 AS CAUSAS DA BANALIZAÇÃO

O instituto do dano moral vem sofrendo grandes modificações. Ao longo dos anos, foi ganhando cada vez maior aceitação, e por conta do reforço, a ideia das garantias fundamentais estabelecidas na constituição, paulatinamente ganhou o status de instituto reconhecido.

Assim, com o tempo o que não era bem aceito passou a ocorrer de forma cada vez mais significativa na sociedade, até chegar ao ponto de culminar no que seria um processo em andamento para “dano moral excessivo”, em que se pleiteiam direitos muitas vezes inexistentes.

Por ser entendido como qualquer dano não patrimonial, possui significativo grau de abrangência, que somado à facilidade de acesso à justiça, a ausência de critérios objetivos (de aferição do quanto indenizatório e do próprio cabimento) e a impunidade do litigante de má-fé, pode vir a se transformar uma verdadeira indústria de ações.

Essa abrangência coaduna com a existência de pedidos cada vez mais genéricos e não determinados, se tornando um pedido anexo a qualquer ação, cumulado muitas vezes de maneira automática (como se fosse necessariamente presumível) ao pedido de indenização por danos materiais.

6.1.1 Da ausência dos pressupostos ensejadores na configuração do dano moral

Percebe-se que as hipóteses de cabimento, ou seja, os critérios objetivos ou pressupostos básicos de existência do dano moral, qual sejam, nexos de causalidade, a conduta culposa (regra geral do instituto) e até a existência da própria lesão, tem se tornado cada vez

mais flexíveis, o que resulta em um entendimento sobre o dano moral, no meio jurídico (e principalmente fora dele) cada vez mais impreciso e vulgarizado.

Cabe, portanto, uma análise detalhada do desvirtuamento desse instituto do seu lugar de origem, destacando suas causas e consequências no cenário jurídico atual.

6.1.1.1 Sobre a ausência da verificação da culpa nos casos além da responsabilidade objetiva.

Como já foi dito anteriormente em tópico específico, a culpa é tida como requisito acidental da responsabilidade civil, tão somente pelo advento do artigo de 927 do CC/2002, que estabeleceu em nosso ordenamento o instituto da responsabilidade objetiva.

No entanto, o que tem se verificado no âmbito jurídico na atualidade é uma perda do grau de importância do elemento culpa nos casos em que não se configura responsabilidade objetiva, ou seja, em que a culpa precisaria ser comprovada.

Percebe-se uma constante modificação em relação à alteração da noção de culpa, que ao longo dos últimos séculos sofreu considerável alteração. Com o tempo, a acepção psicológica da culpa, que a tinha como uma espécie de pecado jurídico, aos poucos precisou ser reformulada, fazendo com que perdesse espaço o estado de animo do agente.

Passou-se, então, a perceber a culpa como um erro de conduta apreciado caso a caso, que tinha por parâmetro um modelo normal de comportamento. Essa apreciação em abstrato da conduta do lesionante, que despreza o elemento psicológico do sujeito, pode ser entendido como uma culpa objetiva que em nada se confunde com responsabilidade objetiva, em que não há exigência do elemento culpa.

Tal acepção da culpa é entendida pela doutrina como culpa normativa, sendo a concepção de culpa mais amplamente aceita na maioria dos ordenamentos jurídicos, e pressupõe justamente uma eterna comparação da conduta do indivíduo provocador do dano, como esperado pelo homem médio, sendo que se do comportamento pode-se extrair imprudência, negligência ou imperícia do lesionante (não esperada do comportamento normal de uma pessoa), passa-se a configurar a culpa.

Se por um lado essa acepção de culpa em muito facilita seu aferimento, já que se desliga do subjetivismo da investigação psicológica, por outro, se desvincula da culpa da moral para um entendimento de ausência na diligência social média, assim, o autor do dano pode ser entendido como culpado, ainda que em todos os seus esforços tenha buscado evitar a lesão.

Contudo, essa determinação singular de uma conduta comportamental, pode apresentar problemas quando aplicada as complexidades da sociedade moderna, nesse mesmo entendimento, preceitua Anderson Schreiber: “A definição de um padrão único de diligência e razoabilidade parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas.” (2009, p.41).

Diante de toda essa problemática, passou-se a concepção de fragmentação de modelo de conduta, que pressupõe a utilização de variáveis conceitos para as variáveis situações fáticas com ênfase as circunstancias concretas mais efetivas a realidade pratica.

O caráter cada vez mais objetivo de aferição da culpa no ordenamento brasileiro acaba por afastar preponderantemente a análise quanto ao grau de culpabilidade, tendo em vista que a variação do grau de culpa não pode resultar na ausência ou dever reparatório, contudo, tomando por base o art.944³⁷, do Código Civil de 2002, pode-se perceber que a gradação da culpabilidade pode interferir diretamente na determinação do *quantum* indenizatório estabelecido pelo magistrado.

Deste modo, percebe-se que a culpa ainda possui papel relevante na responsabilidade civil, mas que, contudo, vem perdendo a função de filtro quanto aos pedidos indenizatórios, por estar sofrendo considerável desgaste. Nas cortes, ainda que o critério de aferição tenha-se em muito facilitado, estranhamente passa-se a uma flexibilização do seu próprio conceito teórico, que afasta a ideia de comprovação para uma ideia de presunção cada vez mais presente.

A comprovação da culpa antes imprescindível à responsabilização vem deixando de ser uma contenção ao abundante fluxo de ações indenizatórias, o que construí consideravelmente para a ideia de um dano moral banalizado.

³⁷ Art. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

6.1.1.2 Sobre a problemática quanto à determinação do nexu causal

Uma vez que a culpa tenha em muito se fragilizado, se tornando no caso concreto cada vez mais presumível, passe-se ao estudo do nexu de causalidade, elemento que em tese é indispensável à responsabilização, na medida em que vincula a conduta em regra culposa, ao dano efetivamente praticado.

Cabe observar, que a análise no nexu de causalidade deve-se manifestar do ponto de vista jurídico e não lógico, assim, ainda que em tese determinada ação pudesse se relacionar com o advento do fato danoso, não deve assim ser feito se não se limitar ao conceito jurídico de causa, sob pena de resvalar em um conceito de responsabilidade civil extremamente ampla e pouco eficaz.

Como modo de se evitar essa responsabilização ilimitada, se utilizava o conceito do ilícito para a delimitação da abrangência do nexu causal. Dessa forma, a percepção clara da culpa era imprescindível e uma vez comprovada, se tinha por certo o elemento da causalidade que consistia quase como uma etapa meramente formal.

Contudo, com o surgimento da responsabilidade objetiva e da crescente presunção quanto à culpabilidade subjetiva, passou-se a dar outro peso em relação ao nexu de causalidade, passando a configurar um elemento fundamental ao elemento da responsabilidade.

Aqui, se encontra outro significativo elemento para a banalização do dano moral, uma vez que nos tribunais pátrios vem ocorrendo cada vez mais significativamente o emprego das teorias (já evidenciadas em tópico anterior) do nexu de causalidade, sem estabelecimento de um padrão claro de julgamento, com adoção inconstante de uma ou outra nas decisões.

A posição claramente adotada pelo supremo tribunal federal a favor da teoria do dano direto e imediato (necessário) não impediu que, por todo o país, proliferassem, como continuam proliferando, decisões expressamente calcadas em outras teorias da causalidade. Por exemplo, diversos julgados sustentam adotar o direito civil brasileiro a teoria da causalidade adequada. (SCHREIBER, 2009, p.62)

Essa abordagem aparentemente confusa quanto à adoção das teorias do nexo de causalidade, muito embora pareçam ser fruto de confusão ou até atecnia por parte da jurisprudência pátria, na verdade apenas demonstra o véis intencionalmente flexível que o elemento vem absorvendo no ordenamento jurídico brasileiro.

Fica evidente, que a adoção variável das teorias se manifesta com intuito único de assegurar à vítima do dano ao ressarcimento, sendo utilizada a que de melhor forma resultar na reparabilidade do ofendido no caso concreto. Ademais, não é raro que ainda que não se verifique na realidade dos fatos um nexo causal, se utilize de argumentos afastados da tecnicidade, para validar a reparação do lesionado.

O nexo causal passa a ser apenas uma justificativa para configurar uma indenização já tida como certa, por critérios de cunho moral e ideológico que em nada se coaduna com a técnica, o que resulta em total imprevisibilidade dos resultados das demandas envolvendo o tema.

Tal medida tem se tornando tão concreta na realidade jurídica, que até mesmo os excludentes do nexo causal, quais sejam, caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro, capazes de quebrar o liame da causalidade, vem sendo consideravelmente desconsiderados em prol do advento da reparação.

Um exemplo disso é a teoria do fortuito interno, que apesar de configurar fato imprevisível e irresistível, não é tido como tendo o condão de afastar a relação de causalidade, nesse caso, se considera apenas a lógica de risco da atividade potencialmente lesiva. O que se percebe nesse caso é a clara adoção da sistemática relativa à responsabilidade objetiva em um elemento relativo à responsabilidade subjetiva, onde em tese, a imprevisibilidade afastaria o dano.

Além do caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro, do mesmo modo, vem sofrendo considerável flexibilização, já que o comportamento tanto de terceiros quanto da própria vítima, passa pouco a pouco a ser incluso no risco da atividade exercida pelo lesionante, e a conduta da vítima deve ser prevenida de acordo com sua previsibilidade.

O instituto do dano moral passa a ser entendido pelos tribunais pátrios como uma espécie de assistência pública, capaz de proporcionar amparo ao lesionado, o que resulta na

responsabilização de alguns (que em tese não deveria se configurar), apenas para não deixar sem ressarcimento aquele que sofreu o dano.

Assim, a flexibilidade quanto aos critérios do nexo de causalidade constitui mais um significativo fator capaz de gerar a vulgarização do instituto do dano moral.

6.1.1.3. Sobre a ampliação do conceito de dano ressarcível

Com a ausência de elementos de nexo de causalidade e de conduta culposa, como já foi amplamente explicitado nos tópicos anteriores, restou como configurador do dano moral, o seu elemento mais elementar, qual seja, o próprio dano, contudo, o que se vem percebendo no âmbito jurídico nacional, é um acréscimo de forma preponderante quanto ao rol de danos ressarcíveis juridicamente.

A expansão quanto à ressarcibilidade se mostra no viés quantitativo pelo acréscimo considerável de ações envolvendo o tema, tal medida se manifesta pela maior aceitabilidade quanto ao deferimento do pleito indenizatório, muito em decorrência da fragilidade que o elemento culpa e nexo causal vem absorvendo na atualidade.

Ademais, vêm surgindo outras figuras de dano conhecidas doutrinariamente como os novos danos, que compõe um rol extremamente amplo de lesões capazes de resultar na reparabilidade, como por exemplo, o dano às férias arruinadas, o dano ao processo lento, o dano a brincadeiras cruéis... Entre inúmeros outros.

Se por um lado, o acréscimo de novos danos demonstra um cuidado cada vez mais íntimo aos direitos da personalidade da pessoa, por outro, representa um potencial risco a banalização do instituto, na medida em que pela facilitação de acolhimento do pleito, poderia se buscar postular como lesão aquilo que na verdade configura apenas fatos convencionais da vida comum.

6.1.2. A crescente facilidade de acesso ao judiciário e a gratuidade da justiça.

O acesso à justiça constitui o direito de todo indivíduo ao atendimento jurisprudencial, concedendo a todo conflito a possibilidade de atendimento junto ao poder judiciário, e é antes de tudo um direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.³⁸

Apesar de constituir um direito imprescindível, o acesso à justiça conta com alguns empecilhos no ordenamento brasileiro, sendo eles a dificuldade relativa ao pagamento das custas da ação judicial, pagamento de honorários advocatícios, as custas e despesas processuais ou os possíveis honorários de sucumbência.

De modo a assegurar o efetivo acesso a assistência judiciária, foi estabelecido o instituto da gratuidade da justiça, que dispõe que aqueles que não podem arcar com as custas processuais, serão dispensados desse montante mediante requerimento ao juízo.

O instituto da gratuidade da justiça era inicialmente regulado pela lei 1.060/50³⁹, mas com o novo Código de Processo Civil, pelo art. 1.072⁴⁰, a lei em questão foi revogada, e o instituto passou a ser regulado pelo próprio código de processo civil no seu art. 98⁴¹ e seguintes.

Na Justiça do Trabalho, a gratuidade de justiça passa a ser regulada pelo art. Art. 790 e seguintes da CLT, e atua no mesmo sentido de proporcionar a aqueles com manifesta ausência de condições, o exercício do seu direito a jurisdição.

Contudo, ainda que a possibilidade de acesso ao judiciário constitua um grande avanço em relação aos que de fato precisam, deve o instituto, ser regulado com certa cautela, uma vez que a ausência de custas pode em alguma medida fomentar a interposição de demandas frívolas, que ainda que improcedentes não gerariam quaisquer ônus a quem as propôs.

³⁸ Art. 5º 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:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁹ Lei promulgada em 5 DE FEVEREIRO DE 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados

⁴⁰ Art. 1.072. Revogam-se:

(...)

III - os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950

⁴¹ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Como se sabe, a possível banalização do dano moral está intimamente relacionada com a maior facilidade de se pleitear. Uma pesquisa do Instituto Brasileiro de Direito de Família (2008) destacou que 80% das ações dessa natureza no país possuem gratuidade e que esse número de pessoas não reflete os que realmente precisam de tal garantia, tais dados só evidenciam a facilidade de obtenção desse benefício que pode ter relação direta com a industrialização do direito.

Diante de tais assertivas, tem-se que, perante a não necessidade de pagar a referida taxa judiciária, o pleito relativo ao ressarcimento moral transforma-se numa aposta, vez que o autor pode formular pedido num valor astronômicos, não que aquele valor será julgado procedente (VENUTO, 2010, p. 113).

É imprescindível destacar que a facilitação do acesso à justiça por si mesmo está longe de ser um fator negativo do nosso ordenamento jurídico, pelo contrário, essas medidas representam um avanço cada vez mais significativo para o alcance de direitos e garantias individuais possibilitando que pessoas que anteriormente não tinham acesso ao judiciário passassem a ter suas questões contempladas.

O que se pretende condenar nesse ponto não é o acesso à justiça em si, mas a recente tentativa da comercialização do direito, não parecendo justo que aqueles que banalizam institutos jurídicos para a consecução de vantagens individuais indevidas congestionem o sistema judiciário e imobilizem a máquina jurídica de modo a impedir a quem de fato teve seu direito lesado de obter a tutela jurisdicional em tempo minimamente razoável.

6.2 SOBRE A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL

Como já foi amplamente demonstrado anteriormente, a reparabilidade do dano moral pressupõe um conceito de dano concreto, que constitui real lesão bens merecedores de tutela legítima, assim, nos casos em que for configurado uma conduta antijurídica e for demonstrando a lesão ao interesse a que o outro é titular se concretiza o dano reparável.

Nos casos que a lesão não se demonstrar antijurídica, mas autorizada pelo ordenamento vigente, ficará a critério do juízo, a ponderação entre a atuação ensejadora do

dano e o caso concreto, nas palavras de Anderson Schreiber “Violada essa relação de prevalência, há dano ressarcível”.

Nesse contexto, em último caso, é a discricionariedade do Judiciário que terá o condão de estipular o dano que é efetivamente reparável, como se sabe e já foi abordado em tópico específico, a concessão de todo esse poder ao juiz acaba por provocar uma potencial insegurança, na medida em que a atuação desarrazoada do Judiciário poderia levar a chamada industrialização do dano moral.

Tal fenômeno constituiria uma forma de transformar os institutos do direito em meros meios de obtenção de vantagem econômica, com afastamento do seu real sentido ontológico. Contudo, deve-se analisar o tema com certa cautela de modo a não provocar tensões desnecessárias uma vez que no ordenamento brasileiro, (ainda que em situações excepcionais o dano moral se manifeste na sua forma banalizada,) no geral, não apresenta esse viés.

Em longo prazo, no entanto, pode vir a trilhar esse caminho, uma vez que outros elementos ensejadores da responsabilidade civil e que serviam como forma de contenção ao dano banalizado (como a conduta culposa e o nexo de causalidade) perderam consideravelmente sua força no ordenamento pátrio.

Assim, o que se busca no presente trabalho, não é de forma alguma caminhar entre extremos de modo a afirmar à irreparabilidade do dano, ou no seu oposto entender a configuração do dano banalizado, antes atentar para a possível vulgarização desse instituto do direito em um cenário futuro e eventual, estabelecendo para tanto, possíveis saídas que desestimule esse possível evento.

6.3 SOLUÇÕES AO DANO MORAL BANALIZADO

6.3.1 A instituição de uma reparação não pecuniária

Uma medida possível para tanto, é a adoção de uma reparação não pecuniária ao dano extrapatrimonial, uma vez que talvez um dos grandes motivadores das demandas excessivas envolvendo o tema, seja justamente a esperança de um ressarcimento pecuniário.

A medida indenizatória por si só deve ser abordada com cuidado, tendo em vista que facilmente poderia resvalar em sentimentos puramente mercantis em relação aos institutos do direito, o que em certa medida até estimula o dano, uma vez que a lesão estaria autorizada, mediante apenas o pagamento de alguma quantia determinável.

Desse modo, vem surgindo ainda que de forma incipiente um contexto de despatrimonialização do instituto da reparação, que aparece como solução às dificuldades enfrentadas na reparabilidade em relação ao quantum indenizatório, e pelo entendimento que o pagamento muitas vezes não conduz a pacificação dos conflitos existentes.

Cabe observar, que a adoção de tais medidas não patrimoniais não implica na substituição total em relação à indenização pecuniária, mas que ainda assim, retiraria o viés exclusivamente pecuniário da reparabilidade. Um exemplo disso é o instrumento da retratação pública, determinado na lei de imprensa (Lei N. 5.250, de 9.2.1967), que se afasta da percepção exclusivamente patrimonialista para atender ao direito sobre outra perspectiva.

Nas palavras de Anderson Schreiber:

As formas não patrimoniais de compensação, longe de atenderem a uma preocupação exclusivamente econômica vinculada ao curso das reparações, satisfazem, na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima. (SCHREIBER, 2009, p.193)

Por fim, a adoção de medidas de desmonetização da responsabilidade civil demonstra ser plenamente eficaz na medida em que reparam o dano ao mesmo tempo em que desmotivam a industrialização dos institutos do direito, com demandas frívolas e exclusivamente mercantilistas.

6.3.2 A real demonstração do ato danoso.

Por possuir um método de aferimento distinto do dano patrimonial, passou-se ao entendimento que o dano moral, se configuraria *in re ipsa*, ou seja, comprovado o fato danoso, estaria o dano moral automaticamente presumido.

Por se tratar de um dano extrapatrimonial e imaterial, que por si só é de difícil comprovação, se convencionou o entendimento de que seria decorrente do ato ilícito em si, logo, sendo desnecessária a sua efetiva demonstração no caso em concreto. Sendo esse entendimento respaldado inclusive pelo próprio superior tribunal de justiça.

Tal entendimento repercute necessariamente na ideia de que o dano moral não precisa ser comprovado, uma vez que a interpretação que se estabelece em relação ao dano moral o tem como uma dor ou sofrimento que não coaduna com a ideia de comprovação sentimental que parece ineficaz e desnecessária.

Contudo, a noção de dor não é o que define o instituto do dano moral, o que se percebe nesse ponto, é certa inversão entre causa e consequência, sendo a dor meramente uma consequência possível que nem mesmo é necessária para se configure a lesão, diante disso, é de fato completamente desnecessário a sua comprovação.

O dano moral, no caso concreto, é a lesão propriamente praticada e não sua consequência psicológica, diferente do que comumente se acostumou falar, o dano moral se constitui na própria lesão a um direito personalíssimo que independe do elemento subjetivo da dor. Com isso, não se quer afirmar, no entanto, que é necessária só a alegação de uma lesão em abstrato, é imprescindível a comprovação da afetação ao interesse extrapatrimonial que merece tutela jurisdicional.

Deste modo, o dano extrapatrimonial deve ser comprovado de igual forma que o dano patrimonial, cabendo o juiz a observância objetiva das condições da lesão, de maneira a extrair dela a existência ou não do dano no caso concreto. Afastando a necessidade de um tabelamento que generaliza o dano não atentando para as especificações e peculiaridades de cada caso, ao mesmo tempo em que evita a banalização do instituto por um dano necessariamente presumido.

6.3.3 A contenção do litigante de má-fé

Com uma abordagem contemporânea e solidarista do direito processual, tem se buscado cada vez mais evitar o uso indevido do direito, assegurando um comportamento adequado entre as partes, com uso de lealdade de modo a evitar que o aparelho judiciário se torne apenas um mero instrumento para obtenção de vantagens pessoais que lesionem intencionalmente o outro.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

Já não se pretende do juiz que assista como espectador frio e distante ao duelo das partes; ao contrário, dele se espera atividade eficiente no sentido de que a justiça seja feita. Para tanto, procura a lei ministra-lhe, entre outros, a má-fé, a improbidade, a chicana, em suas multiformes manifestações. (MOREIRA, 1988, p. 16)

No ordenamento jurídico brasileiro, aquele que agir com litigância de má-fé, prevista no art. Art. 79 do CPC⁴², responde pelas perdas e danos do ato que provocou. No inciso VI do Art. 80⁴³ da mesma lei, é postulado, que aquele que provocar incidente manifestamente infundado se enquadra no rol de litigantes de má-fé, colocando nesse ponto, aqueles que fazem mal uso do direito, pleiteando a reparabilidade do dano moral, diante de uma lesão inexistente aos seus direitos constituídos.

Assim, o controle provocado com o advento do instituto da litigância de má-fé acaba funcionando como mais um desestímulo a demandas manifestamente infundadas quanto a ocorrência do dano moral.

6.3.4 Rejeição à ideia de dano punitivo

⁴² Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

⁴³ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

(...)

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

Como já foi demonstrado em tópico específico, o viés adotado do dano moral no direito americano se distancia do brasileiro por lá se configurar o dano punitivo, que tem por função mais punir o agressor do que a compensação do dano sofrido.

Na concepção brasileira de dano moral, não há, pelo menos diretamente, a inclusão do dano punitivo elencado como parte adicional ao quantum indenizatório, contudo, grandes nomes como Anderson Schreiber, defendem que na verdade se encontram embutidos na esfera compensatória do dano moral.

Isso porque, entre os critérios de quantificação da reparação por dano moral, se encontram a gravidade do dano, a capacidade econômica da vítima, o grau de culpa do ofensor e a capacidade econômica do ofensor, sendo esses dois últimos critérios, pela interpretação de Maria Celina Bodin de Moraes como fatores constitutivos do elemento punitivo do ato danoso.

Assim, essa possível incorporação do caráter do dano punitivo no direito brasileiro, se mostraria consideravelmente delicado na medida em que não seria explicitada a quantificação do dano punitivo no valor indenizatório e, além disso, iria a franco encontro ao princípio consagrado no ordenamento pátrio que veda o enriquecimento sem causa, fato que necessariamente se concretiza com o punitive damages.

Assim, o freio à ascensão do dano punitivo no ordenamento brasileiro, constitui o último elemento essencial para conter a banalização do instituto do dano moral, uma vez que a generalização das indenizações punitivas em muito poderiam contribuir para o fomento ao uso da justiça como forma irregular de obtenção de vantagem pecuniária.

6.4. JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA SOBRE O TEMA

Como já foi demonstrado, no judiciário brasileiro, em algum grau, vem se estabelecendo a propositura de demandas manifestamente infundadas com escopo de obtenção de vantagem meramente pecuniária. Cabe ao judiciário, dessa forma, a contenção desses eventuais abusos, de modo a desestimular novas demandas que apresentam o mesmo viés.

Um exemplo famoso foi a decisão do juiz Amilcar Guimarães, no julgamento de uma ação em que o autor pleiteava a quantia de R\$ 325.000,00 a título de indenizações por danos morais, tão somente por perceber, já a caminho do caixa, que a bandeja da carne suína a qual pretendia comprar estava fora do prazo de validade.

Em sua decisão, foi dito pelo magistrado.

Estes fatos indicam que a única indenização a que tem direito é a restituição dos valores pagos pela carne suína, por vício redibitório, ou a troca da mercadoria por outra de boa qualidade, e só. Se a ré pôs à venda carne suína estragada deve submeter-se às sanções administrativas da autoridade sanitária. Excluindo o prejuízo material pelo valor pago pela carne, não vejo de que forma isto possa ter causado ao autor um dano a sua moral ou a sua dignidade pessoal; de que forma possa ter sofrido internamente ao ponto de pretender escalafobética quantia de R\$ 325.000,00 como reparação de tão intensa dor. Dizem os médicos que a maior dor que o ser humano pode suportar antes do desmaio é a da pancreatite. Seria então necessária uma 'pancreatite moral' para justificar o pagamento de tão elevada indenização. Aliás, por R\$ 325.000,00 eu mesmo comeria as duas bandejas de carne de porco, apesar de estragada, com bandeja e tudo. A pretensão do autor, por si só, já revela sua intenção de locupletar-se indevidamente do patrimônio da ré. Nós, Juízes, temos o dever de dismantelar a indústria do dano moral que hoje se tenta instalar neste Estado, pois esta atividade maléfica não só entope as varas com lides insinceras, como põem em risco as demais atividades econômicas, que geram empregos, riqueza e pagam seus impostos." (1ª Vara Cível de Belém/PA, processo n. 2001.1.013374-5)

Outro exemplo, neste ponto, já na seara trabalhista, diz respeito a um jogador de futebol que requereu indenização a título de dano moral em uma quantia astronômica, por seu time ter desistido de participar da segunda etapa do campeonato em que participava por problemas financeiros.⁴⁴

Na jurisprudência pátria, inúmeras são as ações com pedidos de indenização por danos morais infundados, ao que parece falta considerável conhecimento técnico sobre os pressupostos mínimos que ensejam o dano ou que o único interesse é de fato a obtenção de qualquer quantia indenizatória pelos mais irrisórios acontecimentos do cotidiano.

Dessa mesma forma entende a jurisprudência pátria.

TRT-11 - 00185620100191100 (TRT-11)

Data de publicação: 15/12/2011

Ementa: DANO MORAL DESCARACTERIZADO. BANALIZAÇÃO. O dano moral será analisado sob a ótica das disposições constitucionais, evitando a banalização desse instituto que representa um dos baluartes de nosso Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1.º, inciso III), concedendo-se indenização

⁴⁴ TST-RR-343/2005-654-09-00.9, apud <<http://www.tst.gov.br>>, ASCS/TST

somente nos casos em que ocorra efetiva ofensa à dignidade humana, situação ora inexistente. Nestes casos, é de rigor manter-se o indeferimento dos pleitos. Apelo desprovido. DANO MATERIAL. JUSTA CAUSA ANULADA POR DECISÃO JUDICIAL. DEVIDOS DIREITOS LABORAIS NA FORMA DE DISPENSA IMOTIVADA. Comprovado o prejuízo do empregado pelo não pagamento integral de seus direitos laborais, à época de sua dispensa, considerando-se que o pagamento se deu com base na justa causa posteriormente anulada por decisão judicial, procede a reparação material ao empregado. Apelo provido.

TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO RO 00007168820145020023 SP 00007168820145020023 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 13/03/2015

Ementa: DANO MORAL - BANALIZAÇÃO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Está havendo verdadeira banalização do dano moral, que passou a ser pedido que de praxe acompanha quase todas as ações trabalhistas. Por qualquer situação menos agradável que ocorra na convivência entre empregados de vários escalões em locais de trabalho, qualquer atrito, qualquer mau humor, qualquer palavra mais áspera, fica-se à espreita para tentar obter indenização patronal, situação que não pode ser tolerada pelo Judiciário.

Assim, cabe ao Judiciário o papel de vigilância, de modo a evitar a instauração real da banalização do instituto, com uma efetiva contenção aos possíveis abusos que tem por escopo apenas o enriquecimento ilícito por meio do aparelho judiciário.

CONCLUSÃO

Ainda que a banalização do dano moral não seja uma realidade constituída no ordenamento jurídico brasileiro, se faz imprescindível o estudo do seu possível e futuro desvirtuamento de papel de origem.

Como foi demonstrado no presente trabalho, vem ocorrendo uma profunda corrosão dos alicerces e pressupostos mínimos da responsabilização. O elemento culpa passa a sofrer uma profunda relativização de modo a quase se fazer presumível, o nexo de causalidade apresenta uma flexibilidade desarrazoada configurando quase sempre na responsabilização do autor da lesão e o dano, elemento mais significativo da responsabilidade, quando aplicado as lesões extrapatrimoniais perde o escopo de ser comprovado.

Paralelo a essa realidade jurídica, se tem uma cada vez maior facilidade de acesso ao Judiciário, e instrumentos como a gratuidade da justiça são deferidos sem maiores verificações, tal medida, de algum modo poderia transformar o judiciário em uma espécie de “loteria”, em que a propositura da ação poderia no melhor das hipóteses resultar em um abono pecuniário e no pior dos casos, não levaria a qualquer ônus ou pagamento de custas.

É necessário caracterizar o dano moral com base em critérios mais científicos de forma mais definida, concreta e melhor conceituada, evitando o enriquecimento injustificado do autor ou a falência do réu de modo a coibir indenizações desproporcionais às ofensas geradas ou que pequenos aborrecimentos comuns ao homem médio gerem indenizações por danos morais sem fundamento.

Para tanto, esse estudo propôs a utilização de alguns meios de contenção dessa realidade futura, mas palpável, como por exemplo, a exigência de comprovação do dano ainda que imaterial, o combate a crescente litigância de má-fé, o fomento a instituição de uma reparação não pecuniária, o desestímulo a adoção dos critérios do dano punitivo no

ordenamento brasileiro e por fim a presença da razoabilidade com base no homem médio na determinação do quantum indenizatório.

E por fim, cabe evidenciar que a adoção desses critérios deve se manifestar de forma razoável de modo a não resultar nem na demasiada restrição ao acesso a reparabilidade, nem tampouco, na industrialização e desvirtuamento dos institutos do direito. Proporcionando dessa forma, que aqueles a quem compete direito sejam efetivamente atendidos na medida da sua lesão e que aqueles que buscam o mau uso do judiciário tenham sua pretensão desestimulada pela própria jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Danos morais: O conceito, A banalização e a Indenização. In: **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Volume 73, Nº 2. Brasília: TST, 2007.

BÍBLIA, A. T. Êxodos. In: **BÍBLIA**. Português. Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

CASTELO, Jorge Pinheiro Castelo. **Dano Moral Trabalhista: Competência** in "Trabalho & Doutrina". Nº 10. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed., 3.^a tir., São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando Gomes. **Obrigações**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. In: **Temas de direito processual**. 1^a série. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

VENUTO, Andrey Jabour. A banalização do instituto dano moral. In: **Revista das faculdades integradas Vianna Júnior**, Juiz de Fora: Volume 1 n°1, p. 113, abr.2010.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.