



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INDEVIDA UTILIZAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO NO CONTEXTO DO DANO
MORAL

Carolina Barroso Perez

Rio de Janeiro
2019

CAROLINA BARROSO PEREZ

A INDEVIDA UTILIZAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO NO CONTEXTO DO DANO
MORAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

A INDEVIDA UTILIZAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO NO CONTEXTO DO DANO MORAL

Carolina Barroso Perez

Graduada pela Universidade Federal Fluminense, Polo Universitário de Volta Redonda (PUVR-UFF). Advogada.

Resumo – o dano moral não possui conceituação prevista em normas jurídicas, e isso é justificável pela dinamicidade dos fatos sociais. Essa ausência de conceituação impõe a busca pelo tratamento dado pela ordem constitucional a esse instituto, como forma de dar-lhe efetividade. Contudo, na prática nem sempre é dada a correta interpretação ao dano moral, exigindo-se para a sua configuração elementos de ordem psíquica, que passam a considerar situações que deveriam ser reparadas, como sendo mero aborrecimento, o que vai de encontro ao viés punitivo do instituto. A essência do trabalho é esclarecer o que configura dano moral, diferenciando-o do mero aborrecimento, e como essa confusão presente nas decisões judiciais dificultam a reparação punitiva.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Mero Aborrecimento.

Sumário – Introdução. 1. Tratamento constitucional conferido ao dano moral. 2. Dano moral e sua vinculação ao mero aborrecimento. 3. Reflexos das decisões judiciais na contramão do dano moral punitivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo discutir a utilização, pela jurisprudência, do termo mero aborrecimento para a configuração ou não do dano moral, e o direito à sua consequente reparação. Busca-se exprimir que, uma vez violado um dos direitos da personalidade, restará caracterizado o dano moral, conforme se extrai da Constituição Federal, não sendo, necessário, portanto, a aferição de prejuízo psíquico à pessoa, sob pena de retirar do instituto uma de suas funções essenciais, qual seja, a punitiva.

Para tanto, serão analisadas posições doutrinárias e especialmente jurisprudenciais relacionadas ao tema, a fim de possibilitar a discussão quanto à necessidade do elemento psíquico para que seja autorizada a reparação por dano moral, ou se essa ausência ensejaria mero aborrecimento.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, assegura o direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ou seja, de direitos da personalidade. Todavia, não obstante a previsão constitucional de que a simples violação de direitos personalíssimos enseja o direito à

reparação por danos morais, a jurisprudência, especialmente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vinha exigindo para a sua concessão requisitos de cunho psicológico, como a dor, o sofrimento e a humilhação, sob pena da violação caracterizar-se como mero aborrecimento do cotidiano, não passível de indenização.

O tema é objeto de controvérsia na jurisprudência, e seu debate apresenta-se de grande relevo, uma vez implicar na qualidade da própria prestação jurisdicional. Considerando-se o excessivo número de demandas judiciais que contém pleito de reparação por danos morais, o eventual equívoco de seu reconhecimento, pode culminar na lamentável situação de injustiça decorrente da negativa de direitos a quem merecia tê-los reconhecidos, bem como na impunidade de condutas violadoras de direitos personalíssimos, que continuarão a ser perpetradas, arruinando a função punitiva do instituto.

Visando uma melhor compreensão do assunto, serão apresentados: o tratamento constitucional conferido ao dano moral, a vinculação deste ou não ao mero aborrecimento, que perpassará pelo estudo do elemento psíquico para permitir o direito à sua reparação, e os impactos que as muitas decisões judiciais têm gerado à reparação punitiva.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho demonstrando-se o tratamento que a Constituição pátria dispensou ao instituto do dano moral, em seu art. 5º, X, limitando-se a prever o direito a indenização material ou moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, ou seja, de direitos da personalidade.

No segundo capítulo, prossegue-se o estudo discutindo-se se haveria a necessidade de se perquirir a existência de elemento psíquico, como a dor, o sofrimento, ou a humilhação, vivenciada por parte daquele que foi violado em seus direitos personalíssimos, sob pena de, assim não se verificando, ser afastado o instituto do dano moral, incorrendo a pessoa em mero aborrecimento, este não indenizável.

O terceiro capítulo, por sua vez, examinará os reflexos que a adoção do mero aborrecimento pode gerar no dano moral, especialmente na função punitiva deste, gerando a supressão desse mister e, por via de consequência, permitindo a manutenção de ofensas aos direitos da personalidade, tornando inócua, a prestação jurisdicional, quando fundada na teoria subjetivista.

A pesquisa é baseada no método hipotético-dedutivo, haja vista que o pesquisador objetiva a ratificação ou afastamento de uma série de proposições hipotéticas, fundado na análise de estudos, de jurisprudência e de dados estatísticos.

Desta forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, uma vez projetar-se o pesquisador na utilização de bibliografia doutrinária específica acerca do assunto em voga, bem como de legislação e jurisprudência voltadas a reforçar a posição defendida.

1. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL CONFERIDO AO DANO MORAL

Se em um momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 existiam discussões doutrinárias acerca do cabimento de indenização a título de danos morais sofridos por alguém, após referida Carta Magna restou pacificada a questão, pelo menos no tocante à sua admissibilidade.

A Constituição da República Federativa de 1988 dispôs sobre o dano moral no art. 5º, incisos V e X,¹ mencionando, no primeiro dispositivo, ser assegurado a todos o direito proporcional de resposta, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

No segundo dispositivo, por sua vez, preleciona que “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”.

A partir daí, não obstante a confirmação da possibilidade de compensação pecuniária quando da ocorrência de dano moral, passou-se a discussão quanto ao conceito destes, a fim de propiciar a completa compreensão do instituto, considerando-se, ainda, que em outros diplomas, como o Código Civil de 2002, em seu art. 186,² e o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VI,³ o dano moral também é apenas mencionado, sem, contudo, ser objeto de regramento expresso quanto à sua caracterização.

De acordo com Farias, Rosenvald e Netto⁴, “as leis dizem pouco, e não poderiam, na verdade, dizer muito sem prejudicar sua natural evolução”. Sendo assim, da mesma forma que a ausência gera dificuldades quanto à caracterização do dano moral, eventual previsão também culminaria em constante desatualização do conceito face à dinamicidade dos fatos sociais.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

² Id. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

³ Id. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. e atual. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 296.

Portanto, permanecendo a inexistência de definição do dano moral, cabe à realidade social auxiliar em sua aplicabilidade, e por isso surgiram teorias voltadas à definição do dano moral.

Dando início a elas, tem-se a teoria que passou a entender o dano moral como sendo o dano que não afeta o patrimônio da vítima, mas sim o ser humano.⁵ Entretanto, essa teoria que enxerga o dano moral como um dano extrapatrimonial, não ajuda à sua compreensão, mas apenas afasta de sua análise danos patrimoniais.

Outras teorias passaram então a tratar o dano moral como sendo a consequência corporal ou psíquica que a ofensa acarreta para a pessoa, e outros, como Maria Celina Bodin de Moraes⁶, como lesão à dignidade, a qual é a que melhor se coaduna com o instituto, sob a ótica constitucional.

Justifica-se tal adoção porque, pela redação dos incisos mencionados do art. 5º da CRFB/88,⁷ estará configurado o dano moral quando houver a violação daqueles direitos que, por serem todos decorrentes de atributos inatos da pessoa humana, são classificados como direitos da personalidade, e corolários de sua dignidade (art. 1º, III, da CRFB/88)^{8,9}

Em encontro ao esposado, Cavalieri¹⁰ afirma que “dano moral, à luz da Constituição vigente, em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana”.

Destaque-se, ainda, que não apenas os direitos da personalidade expressamente elencados no art. 5º, X, da CRFB,¹¹ que se forem violados gerarão reparação por danos morais, uma vez que, em virtude da cláusula de abertura constitucional prevista no § 2º do mesmo artigo constitucional, incluem-se nessa proteção outros direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela nossa Carta Magna, e até mesmo de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil participe.¹²

Considerando que a reparação por danos morais, portanto, é devida quando houver uma ofensa a um direito da personalidade, o qual, conseqüentemente, afronta à dignidade da própria pessoa humana, percebe-se que a Constituição não exigiu, para que alguém faça jus a

⁵ SANTOS apud MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Coleção curso de direito civil*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015, p. 129.

⁶ MORAES apud Ibid, p. 129 e 130.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ MELO, op. cit., p. 129 e 130.

⁹ Ibid., p. 130-131.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 122.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² MELO, op. cit., p. 131.

essa compensação, que ela tenha sofrido, ou seja, experimentado dor, humilhação, vexame, vergonha, entre outras sensações negativas.

Os supracitados sentimentos desagradáveis consistem, na verdade, em formas pelas quais o dano moral pode se exteriorizar¹³, ou consequências eventuais¹⁴, que podem advir ou não da violação a um dos direitos da personalidade.

Nesse sentido inclusive existe o Enunciado de nº 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal,¹⁵ o qual afirma que “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Essa posição, defendida no presente trabalho, tem por base, além da expressa previsão constitucional, que se limita a tratar o dano moral como sendo fruto da infração a um direito da personalidade, também o simples conhecimento de que as pessoas apresentam reações diversas sobre uma mesma situação.

Logo, existirão pessoas que sofrerão por um direito da personalidade violado, e outras que não se abalarão, portanto, exigir uma uniformidade, seja de sofrimento, seja de emocional inabalável, seria claramente injusto, e com fulcro no ordenamento brasileiro, inconstitucional:

ocorre que o dano moral nada tem a ver com a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares. O pesar e consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis, pois cada ser humano recebe os golpes da vida de forma única, conforme o seu temperamento e condicionamentos. Afinal, “cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é...”¹⁶

Ademais, existiria um outro empecilho à esta exigência, qual seja, a manifesta dificuldade em se provar um dano psicológico, se não a impossibilidade de sua aferição, como nos casos em que uma pessoa jurídica tem atingida a sua honra objetiva, ou quando ofendido um direito da personalidade de um nascituro ou de um incapaz.¹⁷

Por esses motivos, aduz Cavalieri¹⁸, que “qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável”:

¹³ PIZARRO apud Ibid.

¹⁴ TARTUCE; ANDRADE apud Ibid., p. 132.

¹⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

¹⁶ FARIAS; ROSENVALD; NETTO, op. cit., p. 297.

¹⁷ MELO, op. cit., p. 132.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 117.

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. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica só pode ser considerada quanto tiver por causa uma agressão à sua dignidade.¹⁹

Assim, baseando-se numa interpretação da Constituição Federal em vigor, é em razão da prática de conduta desrespeitosa a um direito personalidade, que estará configurado o dano moral, independentemente das consequências psíquicas que possam advir daquela, porque estas não são seus elementos formadores, sendo relevantes apenas em uma fase posterior, de quantificação, mas não para a configuração do dano moral indenizável, que seria a primeira etapa.

2. DANO MORAL E SUA VINCULAÇÃO AO MERO ABORRECIMENTO

Não obstante nos dias atuais tenham a doutrina e a jurisprudência majoritárias adotado como concepção de dano moral aquele que fere direitos personalíssimos, muitos juristas ainda o associam aos efeitos que ele pode gerar, como dor, sofrimento, angústia e humilhação.²⁰

Demonstrando que pode haver dano moral sem dor, serão citados casos em que mesmo quando ausente esta reação, haverá lesão à dignidade.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem-se que a pessoa privada de discernimento pode sofrer dano moral, já que:

em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.²¹

Nesse sentido, há inclusive verbete sumular de jurisprudência dominante editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de nº 216, que afirma que “a tenra idade, a

¹⁹ Ibid., p. 117-118.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.245.550-MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181946903/recurso-especial-resp-1245550-mg-2011-0039145-4/relatorio-e-voto-181946927>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

doença mental e outros estados limitadores da consciência de agressão não excluem a incidência do dano moral”²².

Destaque-se também a possibilidade de configuração de dano moral à pessoa jurídica, conforme dispõe o enunciado de Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça,²³ que por muito tempo fora negada pela doutrina e pela jurisprudência que enxergavam a honra apenas como atributo da personalidade humana, e por aqueles que entendiam o dano moral como equivalente à dor ou sofrimento, mas hoje já superada, considerando-se que embora a pessoa jurídica não possua vontade própria, dependendo da atuação de órgãos dirigentes para o exercício de sua autonomia, possui existência jurídica, sendo, portanto, “titular de alguns direitos especiais da personalidade, ajustáveis às suas características particulares, tais como o bom nome, a imagem, a reputação, o sigilo de correspondência etc.”²⁴, que formam a sua honra objetiva.

Para finalizar as situações que ratificam a independência da dor para a caracterização do dano moral, tem-se a constatação de que um nascituro, aquele que embora ainda não tenha nascido com vida, nos termos do art. 2º do Código Civil,²⁵ tem seus direitos resguardados pela lei desde a concepção, podendo também sofrer dano moral, quando sofrer lesão aos direitos de sua personalidade, como se pode perceber do caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp nº 1.120.676/SC,²⁶ em que determinado o pagamento de indenização decorrente do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores (DPVAT) aos pais que perderam o filho em acidente automobilístico, uma vez que violado o direito deste à vida.²⁷

Outro caso fora o do proc. n 11.201838-5, em que figuraram como autores a cantora Wanessa Camargo e seu marido, e como réu o humorista Rafinha Bastos, cuja sentença proferida pelo Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo, Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, reconheceu o dano moral decorrente de humor grosseiro que culminou na violação à honra e à imagem do nascituro.

De todos os casos, é possível concluir que “o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa

²² Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 216*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/dano-moral.pdf?v=04>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²³ Id. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 227*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 139.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁶ Id. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.120.676*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/feto-morto-acidente-transito-nao.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2019.

²⁷ MELO, op. cit., p. 206-207.

humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade”²⁸.

Obviamente que ocorrendo um desses efeitos, resta bem mais clara a ocorrência de eventual dano, contudo, este não é requisito de sua configuração. Entender em sentido contrário, da perquirição da dor, pode fazer com que se incorra no problema recorrente da confusão da lesão de pequena monta a um direito da personalidade com o “mero aborrecimento”.

O mero aborrecimento é denominação cunhada para acontecimentos desagradáveis que não por não ferirem a esfera extrapatrimonial da pessoa, não configuram dano moral, sob pena de banalização deste e, portanto, não pode ser objeto de compensação.²⁹

Da concepção anteriormente exarada, extrai-se um caráter altamente subjetivo, uma vez estabelecer, *a contrario sensu*, a necessidade, não prevista constitucionalmente, de que para a configuração de dano moral deveria haver, além de violação a um direito da personalidade, a comprovação da dor, vexame ou sofrimento³⁰, ou seja, dando enfoque nas consequências emocionais da lesão.³¹

Vincular o dano moral à dor, o que denota a adoção da teoria subjetiva, faz com que muitas vezes, mesmo diante de uma afronta aos direitos da personalidade, em que não tenham havido consequências de ordem psicológica ou quando existentes essas, mas não sendo passíveis de comprovação aos olhos do julgador, seja afastado o dever de reparação, o que deturpa o instituto.

O que acontece costumeiramente ainda é que tendo havido alguma dor, o julgador, ao considerá-la irrelevante ou pequena, a classifica como mero aborrecimento, afastando o dano moral, quando, na verdade, a maior ou menor intensidade da dor não deveria interferir no dever de compensar o dano moral, mas tão somente influenciar no *quantum* indenizatório no tocante às suas consequências.

A despeito do referido equívoco, fruto da adoção da teoria subjetiva, por muito tempo fora essa a concepção de dano moral adotada em alguns Tribunais, especialmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se percebe de muitos julgados, e

²⁸DIZER O DIREITO. *Pode haver dano moral sem dor?* Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/05/pode-haver-dano-moral-sem-dor.html>>. Acesso em: 29 mar. 2019 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-decisao-tj-tj-cancelou-sumula-mero.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

³⁰ Ibid.

³¹ FRAGA, Vitor. Todos contra o ‘mero aborrecimento’. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro: OABRJ, nº 579, p. 21, jul/ago. 2018.

notadamente pela edição da Súmula nº 75 desse Egrégio, que dispunha que “o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”³².

Do mencionado verbete sumular extraía-se que o descumprimento de dever legal ou contratual caracterizaria mero aborrecimento, ou seja, não seria, a princípio, violador de direito da personalidade e, portanto, não passível de compensação, a não ser que atentasse contra a dignidade da parte, o qual dependia da comprovação, no caso concreto, de elementos subjetivos (dor, sofrimento, humilhação, etc.)³³, apresentando-se, segundo o Desembargador Alcides da Fonseca Neto, titular da 20ª Câmara Cível do Tribunal, como “equivocada do ponto de vista jurídico porque parte da ideia de que existe relação direta entre dano moral e uma lesão subjetiva”³⁴.

A súmula em comento, mais conhecida como a “súmula do mero aborrecimento”, era amplamente utilizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como fundamento para a concessão de reparações por danos morais em “valores cada vez menores, sob a alegação de que o caso se configuraria apenas mero aborrecimento sofrido – colocando o Rio de Janeiro no primeiro entre os estados que mais possuem sentenças baseadas nesse argumento, e com indenizações mais baixas”³⁵.

Após mobilização da Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil, a citada súmula fora acertadamente cancelada, no final de 2018, em atendimento à teoria objetiva, para determinar que:

caberá a cada magistrado, diante de caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não – a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.

Considerando que o cancelamento do verbete debatido é acontecimento recente, deve-se aguardar algum tempo para que sejam vistas mudanças nas decisões judiciais, mas

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf>>. Acesso em: 29 mar 2019.

³³ BRASIL, op. cit., nota 29.

³⁴ FRAGA, op. cit., p. 21.

³⁵ Ibid., p. 18.

este já é um avanço rumo à devida compreensão e aplicação do dano moral, qual seja, a estabelecida pela Constituição Federal.³⁶

3. REFLEXOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONTRAMÃO DO DANO MORAL PUNITIVO

Após o que fora exposto ao decorrer deste trabalho, tem-se que, praticado ato ilícito que resulta na violação a alguns direitos da personalidade, deverá haver a reparação por dano moral.

A reparação por dano moral, no passado, fora combatida por algumas teorias, alegando-se, dentre outros fundamentos, a sua impossibilidade de caracterização, considerando-se que não há como provar precisamente o elemento psicológico, que seria a dor vivenciada pela vítima.³⁷

Como visto anteriormente, a exigência do elemento psíquico não cumpre o mandamento constitucional relativo ao dano moral, que apenas requer a lesão de direitos personalíssimos para a sua configuração, de modo que não procede atualmente essa visão.

Todavia, ainda se verificam decisões judiciais que, de maneira inadequada, mesmo constatando uma lesão a direitos da personalidade de um indivíduo, a classificam como sendo ínfima, e conseqüentemente, afastam a aplicação do dano moral, enquadrando a situação como sendo mero aborrecimento.

A aludida confusão, além de injusta, ao inviabilizar a compensação por um dano moral, produz como consequência a reiteração das práticas ilícitas que infringem mencionados direitos da personalidade, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana, já que os violadores não sofrem punição pela ofensa perpetrada, tornando inócuo o viés punitivo do instituto.

Muito se discute sobre o caráter punitivo desse instituto, e não obstante a existência de vozes contrárias, a reparação do dano moral é hoje reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias prevalentes como sendo dotada de uma dupla função, quais sejam, a de funcionar como uma compensação pelo dano sofrido pela vítima, e também como pena imposta ao ofensor pelo dano causado.³⁸

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 150.

³⁸ Ibid., p. 157.

Essa dupla função da reparação verificada no do dano moral, que justifica a aplicabilidade desse caráter punitivo, decorre de sua distinta natureza se comparado com o dano material, uma vez que aquele protege direitos personalíssimos, enquanto este, bens patrimoniais.³⁹

A reparação do dano moral afigura-se como complexa, não se restringindo à satisfação da pessoa lesionada e nem à simples punição do ofensor, mas também não será sempre que serão constatadas, no caso concreto, ambas as finalidades. Por exemplo, quando o dano moral ocorre em cenários, como os vistos no capítulo anterior, em que as vítimas que tiveram seus direitos da personalidade ofendidos, não eram capazes de sentir dor, tristeza ou humilhação, incidirá a reparação, sob o seu viés intrinsecamente punitivo, pois voltados ao afastamento de atitudes similares pelo ofensor concreto ou de possível ofensores, e não o de satisfação da vítima.⁴⁰

Da mesma forma ocorreria em situações gravíssimas, nas quais não haveria como compensar-se o âmbito da personalidade do indivíduo que fora atacado, servindo a reparação pelo dano moral tão somente para retribuir ao ofensor o mal que fora por ele gerado, mediante a redução de seu patrimônio.⁴¹

Os contrários ao reconhecimento da reparação punitiva do dano moral, dentre outras alegações, aduzem que não seria possível existir tal função dada a ausência de previsão legal, exigida pelo art. 5º, XXXIX, da CRFB. Contudo, referido argumento não prospera, primeiramente porque a necessidade de prévia cominação legal para que haja pena, restringe-se à sanção penal,⁴² e não às pecuniárias que não estejam nessa esfera. Ademais, sua possibilidade está calcada no princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88)⁴³, decorrendo do próprio tratamento constitucional dos direitos da personalidade e à reparação pelo dano moral (art. 5º, incisos V e X, da CRFB/88)⁴⁴, que por serem mandados de otimização, “determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos”.⁴⁵

³⁹ Ibid., p. 171.

⁴⁰ Ibid., p. 171-172.

⁴¹ Ibid., p. 173.

⁴² Ibid., p. 312.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ ANDRADE, op. cit., p. 251-252.

Nesse sentido, de acordo com André Gustavo Côrrea de Andrade⁴⁶:

a indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade senão através da imposição de uma sanção que constitua fato de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.

Outro argumento também lançado pelos opositores da reparação punitiva é que ela não se relacionaria com o dano em si, mas sim com a reprovabilidade da conduta, o que a levaria a consistir em um enriquecimento sem causa.

Ora, não há que se falar em enriquecimento sem causa, seja porque atributos da personalidade não são conversíveis em preço, seja porque haveria sim causa para a reparação, que é o reconhecimento judicial, em um caso concreto, da ocorrência de uma violação. Torna-se ainda mais desarrazoada essa argumentação sob a ótica da reparação punitiva, haja vista que:

nesse caso, há de convir que a verdadeira afronta ao Direito consiste na possibilidade de alguém poder obter vantagem com o dano que causou a outrem. Antes, pois, a vítima receber um *plus* pelo dano sofrido que permitir o lucro do ofensor com sua atividade antijurídica (...) De todo modo, os benefícios buscados pela indenização punitiva – punir uma grave conduta e prevenir comportamentos semelhantes tanto do ofensor quanto de terceiros – transcendem em muito a circunstância de a vítima vir a obter um valor superior ao que normalmente lhe seria destinado como compensação do dano. Com efeito, as vantagens que esta forma de sanção pode trazer para a coletividade tornam irrelevante a consequência econômica para a vítima. Nesta perspectiva, essa consequência seria com que o inevitável efeito colateral de um remédio necessário para combater uma doença e impedir a sua recorrência.⁴⁷

Por fim, não se pode ilidir tal reparação punitiva sob a alegação de que isso estimularia o que incoerentemente convencionou-se chamar de “indústria do dano moral”, tendo-se em vista que a resposta à demandas judiciais despropositadas reside na

⁴⁶ Ibid., p. 253.

⁴⁷ Ibid., p. 294.

improcedência dos pedidos, mediante fundamentação adequada, e não no empecilho ao acesso à Justiça, à escusa de desencorajar ações temerárias.⁴⁸

Sendo assim, uma vez configurada a responsabilidade civil pelo dano moral sofrido, a sua reparação deve servir como oportunidade para punir aquele que praticou o ato ilícito contra direitos da personalidade, como forma de prevenir novas ocorrências nesse sentido, o que, porém, não é o que tem sido visto na prática, quando diversas decisões judiciais, atribuíam à violação de direitos personalíssimos em que não verifica a dor, a pecha de mero aborrecimento, esvaziando o instituto do dano moral, especialmente na sua função punitiva.

Os reflexos dessas decisões judiciais são o de manutenção das violações aos direitos da personalidade, pois muitas vezes quando a reparação do dano moral não é inviabilizada pelo “mero aborrecimento” ao perquirir-se a dor no caso concreto, e ela é deferida, aniquilam a função punitiva dessa reparação, com a concessão de quantias irrisórias, que fomentam a perpetuidade dessas ofensas. Percebe isso mormente em ações que versem sobre relações consumeristas, nas quais as empresas, mesmo quando condenadas, não tomam quaisquer providências para não incorrerem nos mesmos atos ilícitos, até porque a quantia a ser paga, que deveria funcionar como coerção, demonstra que, na verdade, é mais vantajoso arcar com a reparação do que a adotar medidas preventivas. Ou seja, na sociedade atual, lamentavelmente, tem compensado ofender a dignidade das pessoas.

Exemplo concreto disso era o que ocorria em virtude da aplicação da Súmula de nº 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁹, a qual, segundo a Seção do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil, ao não estabelecer uma função verdadeiramente punitiva nas indenizações pelos danos morais causados, fazia com que os seus praticantes se beneficiassem com a conduta lesiva, que culminava na compensação financeira dessa prática e na reafirmação histórica de desigualdade entre os reclamantes e as prestadoras de serviços, em desvalorização da dignidade.⁵⁰

A forma de solucionar tais consequências que, além de indesejáveis, afiguram-se inconstitucionais, por ferirem a dignidade da pessoa humana, seria a fixação, pela jurisprudência, de montantes baseados em critérios claros que possibilitem aos julgadores o conhecimento das situações passíveis de indenização punitiva e uma média de valores.⁵¹

⁴⁸ Ibid., p. 297.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁵⁰ FRAGA, op. cit., p. 18.

⁵¹ ANDRADE, op. cit., p. 316.

Entretanto, face à ausência desses critérios, bastaria a devida fundamentação das decisões judiciais, obedecendo ao art. 93, IX, da CRFB/88⁵², a permitir o controle pelas partes envolvidas, não se considerando como tal a menção à razoabilidade e à proporcionalidade, mas o discorrer sobre os fatos relevantes para a estipulação da reparação pelo dano moral.⁵³

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática recorrente no âmbito jurídico, a dúvida acerca do conceito do dano moral, o que pode gerar injustiça nos pedidos de reparação, ao se exigirem elementos desnecessários para a configuração do instituto.

Não obstante a ausência de conceituação acerca do dano moral, que talvez fora até proposital, como forma de não engessar o instituto frente ao dinamismo dos fatos sociais, ou de não torná-lo insignificante por desatualização, surgiram teorias destinadas à sua definição.

Dentre essas teorias, entendeu-se que considerar o dano moral como uma lesão à dignidade, é a conceituação compatível com a Constituição Federal, uma vez que, do art. 5º, V e X, foi possível extrair que estará configurado o dano moral quando existente violação aos direitos por ela ali elencados, que por decorrerem de atributos inatos da pessoa humana, são classificados como direitos da personalidade, corolários da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88).

Ademais, pelo tratamento constitucional conferido ao dano moral identificou-se que basta a ofensa a um direito da personalidade, não sendo exigível para que haja tal compensação, qualquer dor, humilhação, vexame, vergonha, entre outras sensações negativas, porque estas são apenas consequências que podem advir ou não, já que as pessoas apresentam reações diversas sobre uma mesma situação, e também porque haveria dificuldade, se não a impossibilidade de aferição de um dano psicológico.

Mesmo diante desses argumentos, e ainda que a doutrina e jurisprudência majoritárias também considerem o dano moral como sendo uma violação aos direitos personalíssimos, não raras vezes ele ainda é associado aos efeitos psíquicos que pode gerar.

Assim, para ilidir essa associação, no segundo capítulo foram trazidos exemplos em que pessoas poderiam sofrer dano moral sem que tivessem sentido dor, constrangimento, humilhação, como a pessoa sem discernimento, a pessoa jurídica, o nascituro, que demonstram a independência do dano moral à qualquer reação psíquica da vítima.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵³ ANDRADE, op. cit., p. 318.

Nesse sentido, fora ainda exposto que perquirir-se a dor para a caracterização do dano moral, poderia culminar na confusão entre lesão de pequena monta a um direito da personalidade com o mero aborrecimento.

Esclareceu-se que o mero aborrecimento é expressão usada para se referir a acontecimentos desagradáveis que, por não ferirem a esfera patrimonial de uma pessoa, não são passíveis de compensação, concepção de caráter extremamente subjetivo que foca nas consequências emocionais da lesão.

Essa compreensão, resultado da adoção da teoria subjetiva, faz com que, muitas vezes, face a uma afronta aos direitos da personalidade, em que não tenha ocorrido consequência de ordem psicológica ou, ainda que existentes, não tenham sido percebidas pelo julgador, seja afastado o dever de reparação.

Ocorre ainda a situação em que tenha havido dor, mas o julgador a considera irrelevante, equivocadamente a classificando como mero aborrecimento, afastando o dano moral no caso concreto, quando a intensidade da dor deveria apenas influir no *quantum* indenizatório, no tocante às suas consequências.

Exemplo desse equívoco era a Súmula nº 75 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da qual se depreendia que o descumprimento de dever legal ou contratual não seria, a princípio, violador de direitos da personalidade, salvo se atentasse contra a dignidade, o que dependia de comprovação dos elementos subjetivos (dor, sofrimento, humilhação etc.).

Todavia, mesmo tendo sido cancelado referido verbete sumular, passando-se à adoção da teoria objetiva, ainda não é possível perceber mudanças nas decisões judiciais, as quais, infelizmente, ao exigirem a comprovação do elemento psicológico, que é a dor vivenciada pela vítima, inviabilizam a compensação por dano moral mesmo quando constatada uma lesão a direitos da personalidade de um indivíduo, acabando por tornar inócuo o viés punitivo do instituto.

Embora haja discordância sobre se o dano moral teria ou não caráter punitivo, com fulcro na doutrina e jurisprudência prevalentes, pretendeu-se comprovar que o instituto é dotado de uma dupla função, de compensação pelo dano sofrido pela vítima, bem como de imposição de pena ao ofensor pelo dano causado, as quais podem ser verificadas conjuntamente, ou isoladamente, a depender do caso.

Exemplo disso é que em casos nos quais a pessoa que teve ofendido seu direito da personalidade seja incapaz de sentir dor, tristeza ou humilhação, a reparação incidirá sob seu viés meramente punitivo, como forma de inibir atitudes similares pelo ofensor, mediante a

redução de seu patrimônio, e mesmo de ofensores em potencial, mas não o de satisfazer a vítima.

Desta forma, foram rechaçadas alegações contrárias à aceitação da reparação punitiva do dano moral, reafirmando-se que ela deveria servir como oportunidade para a punição daquele que praticou ato ilícito contra direitos da personalidade, a fim de prevenir novas ofensas. Todavia, não é o que tem sido visto na prática forense.

Assim, concluiu-se que as decisões judiciais têm refletido na continuidade das violações aos direitos da personalidade, seja quando inviabilizam a reparação do dano moral pelo fundamento do mero aborrecimento, seja quando aniquilam a função punitiva dessa reparação, mediante a concessão de quantias irrisórias a esse título, razão pela qual fora proposta como forma de solucionar essas consequências indesejáveis, e mesmo inconstitucionais, que a jurisprudência fixasse montantes baseados em critérios claros que possibilitem o conhecimento das situações passíveis de indenização punitiva e uma média de valores, mediante decisões fundamentadas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.120.676*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/feto-morto-acidente-transito-nao.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.245.550-MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181946903/recurso-especial-resp-1245550-mg-2011-0039145-4/relatorio-e-voto-181946927>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 227*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-decisao-tj-rj-cancelou-sumula-mero.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 216*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/dano-moral.pdf?v04>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

DIZER O DIREITO. *Pode haver dano moral sem dor?* Disponível em <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/05/pode-haver-dano-moral-sem-dor.html>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. e atual. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

FRAGA, Vitor. Todos contra o ‘mero aborrecimento’. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro: OABRJ, nº 579, jul/ago. 2018.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Coleção curso de direito civil*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.