

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR

CURSO BACHAREL EM DIREITO

MARALUISA PEREIRA DA SILVA BATISTA

**A INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO E A CRIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO
DE UMA PSEUDO “EXCLUDENTE” DE RESPONSABILIDADE**

CAMPINA GRANDE – PB

2019

MARALUISA PEREIRA DA SILVA BATISTA

**A INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO E A CRIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO
DE UMA PSEUDO “EXCLUDENTE” DE RESPONSABILIDADE**

Trabalho Monográfico apresentado à Coordenação do Curso de Bacharel em Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Diego Araújo Coutinho.

CAMPINA GRANDE – PB

2019

-
- B333i Batista, Maraluisa Pereira da Silva.
 A indústria do mero aborrecimento e a criação pelo judiciário de uma
 pseudo “excludente” de responsabilidade / Maraluisa Pereira da Silva Batista.
 – Campina Grande, 2019.
 60 f.
- Monografia (Bacharelado em Direito – Faculdade Reinaldo Ramos-
 FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2019.
 “Orientação: Prof. Esp. Diego Araújo Coutinho”.
1. Dano Moral. 2. Responsabilidade Civil. I. Coutinho, Diego Araújo.
 II. Título.

CDU 347.426.4(043)

MARALUISA PEREIRA DA SILVA BATISTA

A INDUSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO E A CRIAÇÃO PELO
JUDICIÁRIO DE UMA PSEUDO “EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE”

Aprovada em: 14 de junho de 2019.

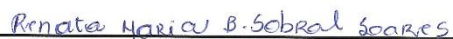
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Diego Araújo Coutinho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)



Profa. Ms. Renata Maria Brasileiro Sobral Soares

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Prof. Ms. Aldo Cesar Figueiras Gaudêncio

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, a minha mãe Albertina a mulher mais forte que conheço, por demonstrar seu amor incondicional diariamente, ao meu esposo Fabiano pela paciência e dedicação, a minha tia Edileuza pelo carinho e torcida e a minha irmã Carla, parceira de vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu professor e orientador Diego Coutinho pelo apoio e dedicação na pesquisa, ao professor Rodrigo Reul pela paciência e contribuição ímpar, a professora Juacely que me deu todo suporte inclusive crítico, aos demais Mestres da casa que com amor e generosidade transmitiram os seus conhecimentos.

Agradeço a querida Larissa por ser uma pessoa cheia de luz e pela sua generosidade em compartilhar os seus conhecimentos e me encorajar sempre, espero que de alguma forma eu tenha contribuído tanto carinho, e também aos amigos e colegas da Turma 2014.2 com quem dividi alegrias, tristezas e muito aprendizado durante os anos de graduação.

A vocês agradeço de coração.

“Um passo à frente, e você não está mais no mesmo lugar”

Chico Science.

RESUMO

O presente trabalho fala sobre A Indústria do Mero Aborrecimento e a Criação Pelo Judiciário de uma pseudo “Excludente” de Responsabilidade. A partir da análise do surgimento do dever de indenizar e das perdas de ordem moral, fora traçada uma linha de evolução do instituto, identificando as dificuldades dos julgadores quanto ao reconhecimento e quantificação do presente instituto. Nesse contexto, foi possibilitado a criação da tese do “mero aborrecimento”, que visa inibir os tribunais quanto a concessão de indenizações baseadas no instituto dano moral. Tudo sob a argumentação de risco de banalização do referido instituto, em virtude da ampliação de demandas judiciais que visam o enriquecimento sem causa. Verificou-se também que os tribunais brasileiros aplicam a tese no caso concreto como meio de fundamentação meritória para negar as devidas indenizações, construindo assim, uma jurisprudência que demonstra desrespeito aos ditames constitucionais, quanto a inviolabilidade dos direitos da personalidade. Em análise jurisprudencial e de decisão específica foi identificado que embora haja o reconhecimento do ilícito, do nexo de causalidade e do dano, o julgador baseado em processo de subsunção minimiza a importância da violação, aplicando assim, uma espécie de excludente de ilicitude não prevista em lei. Tal ato, é entendido como um incentivo ao desrespeito às normas contidas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, visto que, é lei prevista expressamente na carta maior, que traz a obrigatoriedade de proteção ao consumidor, parte considerada vulnerável na relação consumerista. Quanto a metodologia de pesquisa utilizada a presente pesquisa é essencialmente bibliográfica, jurisprudencial, pautada no método indutivo e em análise de caso concreto.

Palavras chaves: Dano Moral. Mero Aborrecimento. Responsabilidade.

ABSTRACT

The present paper talks about The Industry of Mere Annoyance and the Creation by the Judiciary of a possible "Exclusion" of Responsibility. From the analysis of the emergenc of the duty to indemnify and the losses of moral order, a line of evolution of the institute had been drawn, identifying the difficulties of the judges regarding the recognition and quantification of the present institute. In this context, it was possible to create the thesis of "mere annoyance", which aims to inhibit the courts from granting damages based on the institute moral damage. All under the argument of risk of banalization of this institute, due to the amplification of lawsuits that aim at unjust enrichment. It was also found that the Brazilian courts apply the thesis in the specific case as a means of meritorious grounds to deny due indemnities, thus constructing a jurisprudence that demonstrates disrespect to constitutional dictates, as to the inviolability of the rights of the personality. In a jurisprudential and specific decision analysis, it was identified that, although there is recognition of the offense, the causal link and the damage, the adjudicator based on a sub-procedure minimizes the importance of the violation, thus applying a kind of exclusion of unlawfulness not foreseen in law. This act is understood as an incentive to disregard the norms contained in the Federal Constitution and the Consumer Defense Code, since it is expressly provided for in the larger letter, which brings the obligation of protection to the consumer, a party considered vulnerable in the consumer relationship. As far as the research methodology used, the present research is essentially bibliographical, jurisprudential, based on the inductive method and on concrete case analysis.

Keywords: Moral damage. Mere annoyance. Responsibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	15
1.CONTEXTO HISTÓRICO	15
1.1 O SURGIMENTO DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	19
1.2. CONCEITO DE DANO MORAL	21
1.3 REQUISITOS PARA O DEVER DE INDENIZAR.....	22
1.3.1 Conduta humana	23
1.3.2 Análise da culpa	23
1.3.3 Nexo de causalidade	24
1.3.4 Dano ou prejuízo	26
1.4 O DANO MORAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	26
CAPÍTULO II	28
2. APLICAÇÃO DO DANO MORAL	28
2.1 O ASPECTO COMPENSATÓRIO DA INDENIZAÇÃO.....	30
2.2 O SURGIMENTO DA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL”	35
2.3 O MERO ABORRECIMENTO COMO MEIO DE EVITAR O ACESSO A JUSTIÇA.....	45
CAPÍTULO III	50
3. CRIAÇÃO DA PSEUDOEXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE	50
3.1 O QUE SÃO EXCLUDENTES.....	51
3.2 QUAIS OS REFLEXOS DA EXCLUDENTE NO CASO CONCRETO	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Desde as civilizações antigas, o homem procura meios para imposição da reparação pelos danos sofridos. Aristóteles, um dos grandes filósofos da história em sua obra *Ética a Nicômaco* (335 a.C. a 323 a.C.), já trazia a discussão do assunto, e como forma de promover a justiça corretiva previa a Reparação dos danos na mesma proporção de seus resultados.

No ordenamento jurídico vigente temos o instituto da Responsabilidade Civil, no qual é previsto a indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

No estudo sobre as decisões judiciais é identificado o possível surgimento de uma “modalidade” de excludente da responsabilidade civil, divergente das já aceitas pela doutrina brasileira, com isso é demonstrada a relevância, do estudo desse fenômeno, uma vez que, o nosso ordenamento possui previsões específicas de proteção aos direitos da personalidade, visando coibir os abusos de ordem econômica e social, preservando a boa-fé e os bons costumes nas relações sociais.

A configuração do dano moral desperta controvérsias nos magistrados, em razão de não haver critério objetivo que sirva como norte na hora da prolação da sentença, afinal como caracterizar, configurar e quantificar a ofensa ao ânimo psíquico, a moral, ou a honra de alguém?

Tendo em vista o grande nível de subjetividade para a sua valoração, e como forma de dinamizar as decisões judiciais, surge como problemática deste trabalho as inovações jurídicas largamente utilizadas pelos magistrados em suas decisões judiciais, como antídoto para combater uma possível banalização dos danos morais. Com isso surge a seguinte indagação: Tais inovações criaram uma espécie de nova “excludente” de responsabilidade? Desenvolvendo assim o movimento que intitulamos de “Indústria do mero aborrecimento”.

Entende-se como hipóteses encontradas nesse estudo, que o surgimento da indústria do mero aborrecimento representa afronta direta ao bem tutelado pelo ordenamento jurídico, pois demonstram às decisões judiciais atuais que, mesmo com a efetiva comprovação dos requisitos para reparação moral, os tribunais desconsideram as leis constitucionais, infraconstitucionais e as previsões doutrinárias. Promovendo com isso, a violação de direitos e o “desequilíbrio jurídico”.

Ademais, esse instituto proporciona ao âmbito jurídico a resolução de mérito de maneira mais rápida, ou seja, acelera os processos judiciais, diminuindo assim, a demanda no poder judiciário.

O trabalho em comento objetiva analisar as perdas de ordem moral, sob a ótica da promoção da real justiça, visto que, o tema é bastante controverso e nele é detectado grande dificuldade na quantificação das indenizações judiciais.

Especificamente será analisado o contexto que possibilitou o desenvolvimento das inovações jurídicas que de certa forma incentivaram a criação e aplicação de uma espécie de “nova” excludente de responsabilidade, que hoje é largamente utilizada pelos tribunais, bem como, as jurisprudências que por ela foram desenvolvidas e também, analisaremos as consequências geradas no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa pretende detalhar situações da vida real (casos concretos), descrevendo o seu contexto e explicando as motivações das demandas judiciais analisadas não terem logrado o devido êxito, quanto a indenização dos danos morais pleiteados.

O presente estudo pretende questionar se tais decisões judiciais seriam realmente equânimes diante das lei pátrias, da jurisprudência e da doutrina moderna, bem como, verificar se existe a real promoção da justiça no caso concreto.

Metodologia

Baseado nas metodologias e técnicas de pesquisa científica existentes, o presente trabalho apresenta o método indutivo, visto que, tenta convencer os leitores a partir da análise de casos concretos suficientemente confirmadores da realidade das decisões quanto ao Dano Moral, conforme leciona Antônio Carlos Gil:

Nesse método, parte-se da observação de fatos ou fenômenos cujas causas se deseja conhecer. A seguir, procura-se compará-los com a finalidade de descobrir as relações existentes entre eles. Por fim, procede-se à generalização, com base j, na relação verificada entre os fatos ou fenômenos. (GIL,2008, p.10 -11).

Quanto as técnicas utilizadas temos a de natureza básica ou pura, a qual sua principal preocupação está no vislumbre das teorias existentes como intuito de gerar novos conhecimentos.

Neste sentido, considera-se que:

A pesquisa pura busca o progresso da ciência, procura desenvolver os conhecimentos científicos sem a preocupação direta com suas aplicações e consequências práticas. Seu desenvolvimento tende a ser bastante formalizado e objetiva a generalização, com vistas na construção de teorias e leis. (GIL,2008, p.26).

Quanto a abordagem utilizada, será qualitativa, pois levar-se-á em consideração na análise proposta a descrição, interpretação e comparação das jurisprudências pátrias sem considerar aspectos numéricos.

A esse respeito, a professora Maria Cecília de Souza aduz:

A diferença entre qualitativo-quantitativo é de natureza. Enquanto cientistas sociais que trabalham com estatística apreendem dos fenômenos apenas a região “visível, ecológica, morfológica e concreta”, a abordagem qualitativa aprofunda-se no mundo dos significados das ações e relações humanas, um lado não perceptível e não captável em equações, médias e estatísticas (MINAYO, 2003, p. 22).

Apresente pesquisa no que se relaciona aos seus objetivos utiliza-se da técnica explicativa, pretendendo identificar quais fatores foram determinantes para criação da “excludente” de ilicitude largamente utilizada pelos tribunais.

É o que ensina Antônio Carlos Gil:

Que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Este é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas. Por isso mesmo é o tipo mais complexo e delicado, já que o risco de cometer erros aumenta consideravelmente (GIL,2008, p.28).

Quanto aos procedimentos técnicos, possui a pesquisa características bibliográficas, pois “é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” de acordo com a ideia de Gil (2008).

A pesquisa é desenvolvida a partir da análise dos conteúdos dessas fontes.

É também jurisprudencial, pois toma como base o estudo da jurisprudência consolidada no ordenamento jurídico pátrio, para compreender o comportamento do poder judiciário quanto as decisões que indeferem o dano moral, pois o surgimento de uma nova excludente de responsabilidade corresponde a uma inovação não prevista na legislação.

Ainda, conforme Gil (2008, p.54) a pesquisa possui característica Ex post facto, visto que, “na pesquisa Ex post facto a manipulação da variável independente é impossível. Elas chegam ao pesquisador já tendo exercido os seus efeitos”, em razão dos fatos já terem ocorrido.

O trabalho em comento também possui, quanto aos procedimentos técnicos as características de Estudo de caso, leciona Gil (2008, p.57-58) “o estudo de caso é caracterizado pelo estudo profundo e exaustivo de um ou poucos objetos, de maneira a permitir o seu conhecimento amplo e detalhado”.

CAPÍTULO I

1.CONTEXTO HISTÓRICO

As variadas condutas humanas, em algum momento podem concretizar a violação de direitos, por isso as civilizações mais remotas já traziam consigo, o entendimento de não ser possível conviver em sociedade sem mecanismos de harmonização dos conflitos, com o objetivo de possibilitar ao indivíduo lesado uma justa reparação.

Desta forma, não é possível falar sobre o surgimento e desenvolvimento da teoria do dano moral no Brasil, sem antes considerar, sobre o surgimento do dever de indenizar, que foi desenvolvido e concretizado com o Instituto da Responsabilidade Civil.

O dever de reparar o dano causado já existia nas civilizações babilônicas, antiga mesopotâmia onde se propagava a ideia de vingança privada, na qual, prevalecia a máxima “olho por olho, dente por dente”, ou seja, a reparação do mal com o mal.

Neste contexto, surgiu o Código jurídico conhecido como o mais antigo já descoberto: O Código de Hamurabi (1780 a.C.). Neste código foram convertidas as tradições costumeiras da época na forma escrita, eram estabelecidos regramentos de vida e de propriedade com a imposição de leis específicas, que já traziam o dever de indenizar e premissas dos direitos humanos.

CÓDIGO DE HAMURABI - aproximadamente 1780 a.C.1.

Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então que aquele que enganou deve ser condenado à morte. 2. Se alguém fizer uma acusação a outrem, e o acusado for ao rio e pular neste rio, se ele afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, e se ele escapar sem ferimentos, o acusado não será culpado, e então aquele que fez a acusação deverá ser condenado à morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia a seu acusador. 3. Se alguém trazer uma acusação de um crime frente aos anciões, e este alguém não trazer provas, se for pena capital, este alguém deverá ser condenado à morte. (...) 5. Um juiz deve julgar um caso, alcançar um veredicto e apresentá-lo por escrito. Se erro posterior aparecer na decisão do juiz, e tal juiz for culpado, então ele deverá pagar doze vezes a pena que ele mesmo instituiu para o caso, sendo publicamente destituído de sua posição de juiz, e jamais sentar-se novamente para efetuar julgamentos. 6. Se alguém roubar a propriedade de um templo ou corte, ele deve ser condenado à morte,

e também aquele que receber o produto do roubo do ladrão deve ser igualmente condenado à morte. 7. Se alguém comprar o filho ou o escravo de outro homem sem testemunhas ou um contrato, prata ou ouro, um escravo ou escrava, um boi ou ovelha, uma cabra ou seja o que for, se ele tomar este bem, este alguém será considerado um ladrão e deverá ser condenado à morte. 8. Se alguém roubar gado ou ovelhas, ou uma cabra, ou asno, ou porco, se este animal pertencer a um deus ou à corte, o ladrão deverá pagar trinta vezes o valor do furto; se tais bens pertencerem a um homem libertado que serve ao rei, este alguém deverá pagar 10 vezes o valor do furto, e se o ladrão não tiver com o que pagar seu furto, então ele deverá ser condenado à morte(...) (retirado do Epílogo do Código de Hamurabi). Fonte: Museu do Louvre, Paris (trechos selecionados).

Importante destacar que embora seja entendida como a mais antiga das codificações, trazia em seu conteúdo delimitações inovadoras dos direitos privado, penal, e de família.

(...) 9. Se alguém perder algo e encontrar este objeto na posse de outro: se a pessoa em cuja posse estiver o objeto disser "um mercador vendeu isto para mim, eu paguei por este objeto na frente de testemunhas" e se o proprietário disse "eu trarei testemunhas para que conheçam minha propriedade", então o comprador deverá trazer o mercador de quem comprou o objeto e as testemunhas que o viram fazer isto, e o proprietário deverá trazer testemunhas que possam identificar sua propriedade. O juiz deve examinar os testemunhos dos dois lados, inclusive o das testemunhas. Se o mercador for considerado pelas provas ser um ladrão, ele deverá ser condenado à morte. O dono do artigo perdido recebe então sua propriedade e aquele que a comprou recebe o dinheiro pago por ela das posses do mercador.132. Se contra a esposa de um homem livre foi levantado o dedo por causa de outro homem, mas, ela não foi surpreendida dormindo com outro homem: para seu esposo ela mergulhará no rio.241 – Se um homem livre tomou um boi como garantia de uma dívida, pegará um terço de uma mina de prata como multa(...) - continua até 282. "...Para que o forte não prejudique o mais fraco, afim de proteger as viúvas e os órfãos, ergui a Babilônia...para falar de justiça a toda a terra, para resolver todas as disputas e sanar todos os ferimentos, elaborei estas palavras preciosas..." (retirado do Epílogo do Código de Hamurabi). Fonte: Museu do Louvre, Paris (trechos selecionados).

Contudo, com a evolução do pensamento humano, nas civilizações Gregas já não se falava mais em uma unidade jurídica, considerando as conquistas territoriais de Alexandre "O grande". Nas várias cidades existentes, havia o direito público e um privado particular não muito bem sistematizado, mantendo-se apenas alguns costumes similares e predominantemente a lei era conhecida como talião. Destacou-se essa civilização por seus grandes pensadores políticos.

Em Roma, foi identificada a necessidade da codificação A LEI DAS XII TABUAS (462-540 a. C), passou a intervir de uma maneira mais intensa na vida das pessoas inclusive impondo-lhes punições. Assim, diante dos casos concretos, foram criadas as jurisprudências pelos jurisconsultos, que por sua vez, desenvolveram formas de pacificação dos conflitos que envolvessem os danos, embora não se falasse especificamente no instituto da Responsabilidade Civil.

A coleção de casos já existentes, apontavam para necessidade da reparação dos danos, como ponto de equilíbrio para uma boa convivência social, pois as análises interpretativas dos mesmos, trazia a sua extensão, levando a uma medida de reparação justa. Nesta civilização ocorreu a evolução de uma vingança privada, para a compreensão de que só o estado é detentor do poder para punir.

Assim, esclarece GONÇALVES (2012, p.44) “Sucedese o período da composição. O prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela compensação econômica. ”E complementa ALVINO LIMA (1938 p.11) apud GONÇALVES, (2012, p.44), “a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido”.

Reconhecida a autoridade somente do estado para punição, o legislador impõe a vedação a vítima de fazer justiça com as próprias mãos. Como uma natural consequência, propaga-se o entendimento de diferenciação entre o que é pena e o que é reparação.

Entende-se como marco no desenvolvimento da Responsabilidade Civil a *Lex Aquilia*, que surgiu na época da república século III a.C. em Roma. A ela é atribuída o surgimento do elemento “culpa” que inicialmente era fundamental para classificar o nível da gravidade do ato que ensejou a reparação do dano.

É o que se extrai das lições de Caio Mario da Silva Pereira:

Sem haver derogado totalmente a legislação anterior, a Lei Aquilia é originária de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilio, conforme se vê de um texto de Ulpiano, in Digesto, Livro IX, Tít. II, fr. 1, § 1: Quaelex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit. Abre, em verdade, novos horizontes à responsabilidade civil, posto não haja enunciado um princípio geral. Seu maior valor consiste em substituir as multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado (PEREIRA, 2018, p.22).

A partir de então o instituto evoluiu, influenciando o pensamento francês que de maneira gradativa estabeleceu os princípios gerais da responsabilidade civil tais como: Em caso de culpa, mesmo que leve haveria o direito a reparação; a separação da responsabilidade quanto a vítima, da responsabilidade perante ao estado; a existência de culpa nos casos dos contratos, por descumprimento das obrigações em razão de negligencia ou imprudência; todos esses entendimento deram origem ao Código Civil da França, onde no artigo 1.382 foi explicitado os elementos da Responsabilidade Civil.

Nesse sentido, temos:

Pois bem, pela doutrina clássica francesa e pela tradução do art. 1.382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa stricto sensu), o nexo de causalidade e o dano causado. Seguindo essa construção, o Direito Civil pátrio continua consagrando como regra a responsabilidade com culpa, denominada responsabilidade civil subjetiva, apesar das resistências que surgem na doutrina. (TARTUCE, 2017, p.373).

Aperfeiçoada a teoria, de início surgiu a responsabilidade civil subjetiva, onde é analisada a conduta do agente, com base na conhecida teoria da culpa. Nesta teoria, o intuito é de imputar a reparação ao ofensor de acordo com a extensão do dano causado, a partir disso o instituto foi acostado nas legislações de vários países.

O progresso, fez com que as relações humanas originassem uma multiplicidade de tipos de danos, diante dessa diversidade, foram desenvolvidas outras teorias, que tinham como objetivo ampliar a proteção as vítimas, abarcando situações em que a responsabilidade civil subjetiva mostrava-se insuficiente. Apontamos a teoria do risco como a de mais recorrente aplicação, que não substitui a teoria da culpa, porém, nas relações em que ela não trazia uma resolução satisfatória ao caso concreto, o aspecto objetivo era aplicado na relação.

Com o surgimento da responsabilidade civil objetiva, foi instituído dever de indenizar não pelo aspecto culpa, mais sim pela manutenção de atividade lucrativa e considerada perigosa, ou seja, é assumida a responsabilidade por exercer atividade que gera algum lucro e que possa representar algum risco para o direito dos outros, com isso, é dispensada a análise da conduta do agente quanto a culpa, e independentemente desta, impõe-se o dever de reparação ou ressarcimento.

Baseando-se em ditames desta teoria, a exoneração da responsabilidade ocorrerá somente se, for comprovado que foram adotadas pelo agente todas as medidas disponíveis para evitar o dano.

1.1 O SURGIMENTO DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com a criação do primeiro Código Civil Brasileiro em 1916, fica claro a influência exercida pela doutrina francesa em nosso ordenamento, embora ainda encontrando resistência, considerando que o campo jurídico era dominado por pensamentos de aspecto liberal. Mesmo assim, foram implantadas as primeiras nuances gerais, quanto a reparação de danos.

Especificamente sobre o dano moral, temos o artigo 76, do código em referência que aduz “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família” (Código Civil, 1916).

Acredita-se que estas foram as primeiras introduções quanto ao assunto, pois embora a doutrina vislumbrasse movimentos significativos quanto a sua existência, haviam ponderações quanto a sua aceitação, em virtude das dificuldades de interpretação quanto a sua quantificação.

Efetivamente a reparação pelo Dano imaterial ou moral foi concretizada no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu artigo 5^a, alusões específicas:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) V — é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além 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. (CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988, p.13)

Para um melhor entendimento sobre a reparação moral é necessário saber que os elementos incorpóreos também são bens jurídicos, e como tal são tutelados, fazendo parte das relações jurídicas. Os bens incorpóreos são na verdade uma das faces dos direitos da personalidade, que deve ser considerado por dois prismas. O aspecto da capacidade da pessoa física ou jurídica ser titular de direitos e obrigações e pelo aspecto desses direitos serem um conjunto de características da pessoa humana.

A constituição expôs o fato de que, os direitos da personalidade humana devem ser protegidos, e visando a concretização desses direitos, impôs o respeito ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

O princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana afirma que a espécie humana é detentora de qualidades entendidas como próprias, ou seja, qualidades inerentes a condição de humano, por essa razão demonstra esse princípio ser de alta complexidade, por possui múltiplos aspectos de aplicabilidade.

A constituição de 1988 consagrou a pessoa em todos os seus aspectos existenciais, por isso os direitos da personalidade humana são valores essenciais para o crescimento e a realização da pessoa. Sendo combatido pela ordem principiológica e constitucional qualquer conduta que vier impor a redução de um sujeito de direito à condição de objeto.

Com isso, conclui-se que os direitos da personalidade são direitos tidos como fundamentais, ou seja, foi positivado em nossa carta magna, a proteção aos atributos humanos, leia-se direitos da personalidade em sua totalidade.

O movimento de integração do princípio da dignidade da pessoa humana, propagou-se por todo ordenamento jurídico brasileiro, alterando significativamente as legislações infraconstitucionais.

O direito privado representado até então pelo código civil, passou a dividir espaço com o código de defesa do consumidor, norma considerada inovadora por ser mais atualizada diante dos novos ditames constitucionais, que assumiu um papel de extrema importância no processo da tímida renovação do código civil.

Posteriormente, com o advento do código civil de 2002 o direito privado deparou-se com a modificação, embora contida, de uma visão patrimonialista (ligada as características liberais) para uma perspectiva mais humanitária. Porém, a corrente

conservadora do congresso nacional impediu que fosse elaborado um texto realmente novo que refletisse as novas movimentações jurídicas e constitucionais que ocorriam no país e no mundo, com isso, foram feitos verdadeiros “remendos” em um projeto antigo feito na década de 1970, o que resultou em uma codificação que não atendia totalmente aos novos anseios constitucionais.

Mesmo assim, houve inovações, a exemplo temos no código civil de 2002, que em seu bojo trouxe um capítulo dedicado aos direitos da personalidade, que será debatido posteriormente neste trabalho.

1.2. CONCEITO DE DANO MORAL

Entende-se o dano moral como toda ou qualquer ofensa causadora de lesão a bens tutelados na esfera pessoal de um indivíduo, ou seja, violação aos direitos da personalidade humana.

Conceitua SAVATIER (1951, p. 525 apud PEREIRA, 2018, p.78), dano moral é “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”, com abrangência a todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições etc.

Direitos estes tutelados pela Constituição Federal:

“Art. 5.º 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:”

(...) “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” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

A doutrina pátria defende a possibilidade de compensar de maneira pecuniária a violação de tais direito, pois é uníssona ao declarar que o dano não material atinge a subjetividade do indivíduo, causando-lhe danos irreparáveis sendo possível apenas tentar atenuar todo o prejuízo causado.

Como leciona os ilustres GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2017, p.146) “A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão”.

Imperioso destacar que o dano moral não está restrito as consequências apenas emocionais das vítimas, erroneamente os tribunais propagaram esta ideia de vinculação, ele está concentrado sobre o objeto atingido, ou seja, o interesse que foi lesionado. Há ofensa a dignidade da pessoa quando existe agressão ao seu conjunto de bens e direitos.

Existe uma variedade de situações nas quais a vítima não possui a capacidade de exprimir tais sentimento, a exemplo: as crianças, os doentes mentais, os que se encontram em estado de coma etc. que embora estejam em um estado excepcional, mantem a qualidade de seres humanos detentores de direitos.

1.3 REQUISITOS PARA O DEVER DE INDENIZAR

A Responsabilidade Civil no direito brasileiro é pautada por dois conceitos basilares imprescindíveis, são eles: ato ilícito e abuso de direito. Contudo, verifica-se também, que a doutrina tradicionalmente considera a análise do caso concreto de extrema importância com o intuito de verificar a incidência ou não de culpa.

Conceitua-se ato ilícito como a ofensa direta a direito pré estabelecido que provoca um dano. Com a existência do dano, a responsabilidade civil impõe o dever de indenização.

Como demonstra o Código Civil de 2002 no Artigo 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”.

Já o abuso de direito é caracterizado pelo exercício de um direito, que gera por consequência um excesso que ofende os limites impostor pelo próprio instituto, tais limites são: o fim econômico do instituto e o seu fim social, com isso são lesionados princípios estabelecidos no ordenamento jurídico, são eles: o princípio da boa - fé objetiva, dos bons costumes entre outros.

Com a finalidade de combater excessos a doutrina estabelece requisitos estruturais para que, o dever de indenizar seja concretizado. Em bora, não exista ainda unanimidade quanto ao assunto, acredita-se que a o entendimento desses elementos é determinante na análise do caso concreto.

Os requisitos são: Conduta humana, análise da culpa, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo.

Veremos cada um deles.

1.3.1 Conduta humana

A conduta humana é delineada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa).

Em regra a conduta positiva é a mais fácil de caracterizar, contudo, para incidir no caso concreto uma conduta omissiva é necessário que a pessoa tenha o dever jurídico de praticar algum ato. Daí, apresenta-se a obrigação de comprovação quanto a omissão do agente, bem como, comprovar que se ele houvesse praticado o ato o dano não ocorreria.

A conduta humana gera a ilicitude, seja ela positiva ou negativa. Também é previsto no ordenamento vigente a possibilidade de responder por ato de terceiro, fato de animal ou coisa inanimada.

1.3.2 Análise da culpa

Na análise de culpa verifica-se a presença de dolo, que significa o “querer”, ou seja, a vontade do agente de prejudicar alguém e para isso exerce o ato de ação ou de omissão voluntária.

Verificado o dolo e o dano deverá o agente arcar com as indenizações quanto aos prejuízos causados.

O elemento culpa remete a ideia da não intenção em violar um dever, mesmo assim, por um a conduta de ação ou omissão é gerado um dano. Apresentam-se assim as condutas culposas de IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA.

A imprudência está ligada a um dever de ação, executado com falta de cuidado.

A negligência é o dever de ação, porém o agente se omiti em realiza-la, gerando a falta de cuidado.

A Imperícia é caracterizada pela falta de qualificação para realizar determinada função.

Deverá a culpa ser observada pelos critérios de análise do caso concreto e se a conduta está dentro da normalidade de uma pessoa mediana.

A culpa apresenta-se com a responsabilidade objetiva em razão da teoria do risco nas situações em que o agente tem o dever de vigilância, se é incumbência do agente a escolha de pessoa para desempenho de atividade específica e se o agente for responsável em guardar um bem ou animal.

1.3.3 Nexo de causalidade

Nexo de causalidade é a ligação fática que conecta a conduta lesiva ao dano causado, constitui a relação causa e efeito entre a conduta do agente (risco que ele criou) e o dano efetivo a outrem, conforme o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho

Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades (...). O conceito de nexos causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 48/49).

É pressuposto essencial, não apenas para a configuração do dever de indenizar, pois para haver este dever é imprescindível a existência da relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente, também, permite a análise da extensão do dano, o que posteriormente servirá de medida para fixação da indenização.

Neste sentido:

No campo da responsabilidade civil, o nexo causal cumpre uma dupla função: por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão de dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização. Durante muito tempo, predominou o entendimento que era a culpabilidade, e não a causalidade, que determinava a medida da responsabilidade. Tratava-se, contudo, de ponto de vista despido de conteúdo científico. Para a determinação da extensão de dano indenizável, o que importa não é a gravidade ou o peso da culpa, mas o nexo de causalidade. (GISELA SAMPAIO DA CRUZ, 2005, p.22)

A doutrina, diverge quanto a teoria mais adequada para aplicação no que se refere ao nexo de causalidade, na medida em que a jurisprudência pátria utiliza tanto a teoria da causalidade adequada quanto a teoria do dano direto e imediato.

A teoria da causalidade adequada afirma que não é causa toda ou qualquer condição que tenha de alguma forma contribuído para o efetivo resultado, assim entende CAVALIERIFILHO (2012, p.51), “causa, para ela, é o antecedente, não só necessário mas, também adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for mais adequada a produção do evento” ou seja, deverá ser identificado pelo julgador o evento antecedente que foi mais relevante para a ocorrência do dano. A causa adequada será a que conforme o curso dos fatos no caso concreto, se revelar com mais aptidão para gerar o evento danoso, levando-se em consideração o curso normal das coisas.

Já a teoria do dano direto e imediato pugna pela interrupção do nexo causal por um evento superveniente. No caso levado ao judiciário o evento superveniente será entendido como independente do nexo de causalidade identificado e constituirá novo vínculo direto e imediato com o dano.

A causa é o evento que se liga de maneira necessária, direta e imediata ao dano.

Respectivamente as teorias informam que deve ser identificada a possível causa que potencialmente gerou o evento danoso e a reparação só será devida se os danos forem resultantes da conduta do agente.

1.3.4 Dano ou prejuízo

O dano é o elemento do núcleo da responsabilidade civil, que é entendido como qualquer tipo de mal injusto ou ofensa que cause deterioração a uma pessoa ou coisa por ação de outra. A deterioração do aludido conceito está relacionada ao bem jurídico afetado, independentemente de sua natureza, patrimonial ou moral, o ultimo por sua vez é caracterizado por uma ofensa aos direitos da personalidade, direitos estes, que estão associados a dignidade humana em toda sua subjetividade, são exemplos de bens tutelado pela constituição federal o direito à liberdade, a opção sexual e religiosa etc.

Entende-se prejuízo como um determinador de uma realidade, ou seja é a consequência do dano, a alteração imputada injustamente a vítima de um dano.

A doutrina e a jurisprudência não consideram relevante a distinção dos institutos, tendo em vista que para o direito ambos estão unidos e possibilitam o dever de indenizar.

1.4 O DANO MORAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de defesa do consumidor é uma norma de observação obrigatória por ser lei decorrente da expressa determinação da Constituição Federal, que consubstancia os princípios essenciais e sensíveis da ordem jurídica brasileira, consagrando os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como um direito fundamental, o referido diploma trás o direito a proteção aos seus titulares, os consumidores, que por sua vez podem exigir do Estado a promoção deste direito como garantia de proibição aos excessos, bem como, das omissões nas relações consumeristas.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor de produtos e serviços, trouxe ao nosso ordenamento um modo de equalização dessas relações jurídicas, o consumidor tem a liberdade de consumo e o Estado garante a igualdade jurídica entre as partes nessa relação. O instituto da responsabilidade civil

subjetiva já demonstrava a sua ineficiência, pois a verificação de culpa tornou-se inviável, frente a complexidade da sociedade do século XX.

Diante das transformações trazidas pelo CDC com o reconhecimento da desigualdade entre consumidores e fornecedores a responsabilidade civil sofreu modificações, possibilitando uma releitura do instituto, um exemplo disso é que no direito do consumidor não é compreendida a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, no lugar destas surge a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço entendida como acidente de consumo e a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço identificado como a adequação do produto ou serviço. Neste diploma o foco é o interesse jurídico protegido pelo ordenamento, no primeiro caso a proteção a segurança do consumidor, no segundo caso o dever do produto ou serviço ser adequado ao que se propõe.

Aplicável as relações de consumo é a responsabilidade objetiva, que independe da demonstração de culpa, levando-se em consideração o domínio do fornecedor sobre o serviço ou produto disponibilizado, o seu conhecimento de mercado, e o desenvolvimento da atividade lucrativa habitual, ou seja, o gozo de benefícios econômicos, é conferido ao fornecedor a causa dos possíveis riscos associados as suas atividades, por isso respondem eles pelos danos que delas podem decorrer.

Uma das características mais importantes do CDC conforme Bruno Miragem (2016, p.55) “é a consagração de um novo microsistema de direitos e deveres inerentes às relações de consumo, aproxima de modo mais efetivo suas proposições normativas dos fatos da vida que regula”, o que configura a essencial diferença do que vinha sendo propagado tradicionalmente nos códigos de direito privado anteriores, códigos estes diretamente influenciados pelo antigo sistema do liberalismo econômico.

A lei infraconstitucional apresenta-se com caráter de ordem pública e de interesse social, em razão de ser originada diretamente da carta constitucional garantidora de um direito fundamental que impõe uma ação positiva do Estado para proteção do consumidor. O reconhecimento de que todas as pessoas em algum momento de suas vidas são consumidoras, traz o consumo como uma necessidade humana, com isso é demonstrado um interesse essencial, e como tal merece a proteção da ordem jurídica que deve garantir o combate as práticas comerciais consideradas abusivas.

O sistema de direitos básicos do consumidor é autônomo, por tanto mantém relação harmônica dentro do ordenamento jurídico promovendo um diálogo de fontes. Sua autonomia é demonstrada pela aplicação em situações específicas de relação de consumo, estabelecendo deveres aos fornecedores e imputando-lhes as responsabilidades nas hipóteses de violação.

Essa responsabilização cumpre também a função de ordenar o mercado de consumo, pois a partir da aplicação de suas normas há uma determinação de comportamento dos agentes ligados a esse mercado, corrigindo assim, falhas de mercado e exigindo um padrão de qualidade e eficiência que refletem diretamente no desenvolvimento econômico.

A indicação de direitos básicos inerentes aos consumidores traz a obrigação da promoção da efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Desta forma, ao estabelecer como regra a responsabilidade objetiva, com exceção dos profissionais liberais o código em comento sinaliza que a reparação não comporta avaliação de intensidade ou graduação de culpa, objetivamente deve se verificar a violação do direito do consumidor com o descumprimento de deveres conferidos ao fornecedor. Não cabendo argumentações de mero descumprimento de obrigação contratual ou de dever legal.

O diploma legal é regido pelo princípio da reparação integral, assim ensina Bruno Miragem (2016, p.597) “Este princípio, como é intuitivo, estabelece a necessidade de reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pelo consumidor-vítima, abrangendo toda a extensão dos danos causados, buscando-se basicamente as funções de reparação dos prejuízos causados e a sua prevenção futura”. Prevenir não implica em evitar apenas o dano, implica em também desestimular a realização de danos futuros e de repetição de condutas ilícitas, promovendo a efetividade da tutela legal.

CAPÍTULO II

2. APLICAÇÃO DO DANO MORAL

É garantido pelo direito brasileiro a proteção aos direito da personalidade, com isso, o Código Civil em seu segundo capítulo estabelece regras que restringem o

exercício desses direitos e regras atinentes a sua reparação, nas últimas, existem a previsão de indenização ao dano moral.

As regras de restrição estão expressas nos artigos 11 e 13 do Código Civil, os quais afirmam que os direitos da personalidade são dotados de intransmissibilidade e de irrenunciabilidade não comportando em seu exercício, limitações voluntárias e impondo a disposição do próprio corpo nas hipóteses de exigências médicas.

Já as regras de reparação constantes no artigo 12 do supracitado código afirmam a prerrogativa dos titulares desses direitos de exigir a interrupção de ameaça, ou da lesão a eles voltados, inclusive podendo reclamar perdas e danos.

Mesmo trazendo essas premissas o Código Civil não demonstra consonância com os ditames constitucionais, pois é explícito na carta maior a elevada abrangência quanto a proteção aos direitos existenciais humanos, pois consigo consagrou um rol exemplificativo, que significa o mínimo que deve ser protegido em assuntos referentes aos direitos da personalidade, tudo em virtude da multiplicidade dos interesses humanos.

Em contra ponto, tal fato foi desconsiderado pela lei infraconstitucional que em sua aplicabilidade não demonstra eficiência, tendo em vista as lacunas legislativas que deixaram de preconizar a pessoa como o centro das relações sociais e jurídicas retrata o dano moral de maneira menos abrangente, como leciona Rui Stoco:

O artigo 186 do Código Civil limitou-se a fazer menção ao dano moral apenas de passagem, ao final de sua redação, o que foi fruto de inclusão posterior na redação final do preceito pela **Comissão que desprezou a teoria da inviolabilidade da personalidade e do dever de compor a ofensa moral**. (STOCO, RUI. 2011, p.1876) Grifos nossos.

Mesmo assim, inicialmente diante de todas essas inovações a doutrina seguiu as pretensões constitucionais promovendo o alargamento dos direitos da personalidade, como consequência o poder judiciário passou a conceder indenizações por danos morais. A jurisprudência seguindo a mesma linha reconheceu outros tipos de danos, como exemplo temos a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, na qual existe a afirmativa de que é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Para que se reconheça um dano moral passível de reparação se faz necessário a sua configuração com a demonstração da violação de um bem jurídico extrapatrimonial, o que ocorre com a ofensa a um bem tutelado no ordenamento jurídico; a certeza do dano, que se dá com a sua efetiva existência culminando em violação a direito da personalidade, conforme ensina MARIA HELENA DINIZ (2011, p.60) “a certeza do dano refere-se à sua existência, e não à sua atualidade ou ao seu montante”; e a subsistência do dano, ou seja, ainda não houve a devida reparação.

Por possuir natureza imaterial, o dano dessa espécie de direito não pode ser reduzido apenas a pecúnia, o que pode e deve ocorrer é a compensação através de uma obrigação pecuniária imposta pelo poder judiciário. A sanção ao dano moral deve transparecer o amparo do direito aos lesionados, e objetivar a prevenção de práticas futuras no mesmo nível, deixando claro que o Direito não compactua com condutas ofensivas a direitos pré estabelecidos.

Infelizmente não é o que vemos no meio jurídico brasileiro.

Atualmente a jurisprudência tem se voltado contra a efetivação de direitos, principalmente quando se fala na aplicabilidade das compensações de ordem moral. Os tribunais tem demonstrado resistência e muitas vezes desconsiderado situações as quais são claras a incidência do instituto.

2.1 O ASPECTO COMPENSATÓRIO DA INDENIZAÇÃO

Identificado um ato causador de dano moral será cabível uma indenização como meio de compensação pelo prejuízo imaterial injustamente sofrido. Diante dessa afirmação, qual a finalidade da condenação indenizatória? A indenização relacionada ao dano moral deve ser de cunho compensatório, não se admitindo que o valor arbitrado seja considerado fonte de enriquecimento, e nem carregado de mera simbologia, mais sim revestida de efetividade, trazendo consigo o aspecto pedagógico para que o sancionado não permaneça na pratica perniciososa que culminou no litigio judicial.

Para imposição de sanções indenizatórias entendidas como adequadas, deverá ser levado em consideração pelo julgador critérios de avaliação do caso

concreto atinentes ao grau de culpa do agente, o ensejo ao dolo, a reiteração da conduta, o potencial econômico do ofensor e a extensão do prejuízo para vítima.

Observa-se que a grande dificuldade enfrentada pelos magistrados é a falta de critérios legais que indiquem um valor específico inicial e um teto para arbitramento, a final a quantificação do dano moral não se manifesta de maneira clara nas regras positivadas. Este fato se deve ao alto grau de subjetividade que carrega o instituto, pois a diversidade de condutas humanas que podem ensejar a ofensa a um direito entendido como da personalidade não permite uma quantificação previa, por isso, o arbitramento feito pelo juiz, apresenta-se como a maneira mais adequada, devendo ser considerada a prudente análise de cada caso, bem como, as suas peculiaridades.

Um outro problema identificado em relação aos direitos da personalidade especificamente quanto a sua indenização é a confusão entre o interesse que é juridicamente tutelado pelo direito e a sua consequência subjetiva, ou seja, as consequências negativas do dano, que em se tratando de dano moral refletem no campo da moralidade do indivíduo ou em seu emocional.

Não há técnica jurídica que possibilite o julgador medir a repercussão interna de um constrangimento, de uma aflição ou de uma dor. Existem casos que de maneira clara demonstram o grau de intensidade da violação, nesse sentido temos:

Com efeito, o dano moral repercute internamente, ou seja, na esfera íntima, ou no recôndito do espírito, dispensando a experiência humana qualquer exteriorização a título de prova, diante das próprias evidências fáticas. Neste sentido, a morte, em acidente provocado por outrem, do pai para os filhos, a do marido para a mulher e a do amigo para os parentes com quem se afinava é bastante para o desencadeamento de sentimentos vários em que a dor moral é a tônica. É intuitivo e, portanto, insuscetível de demonstração, para os fins expostos, como tem sido definido na doutrina e na jurisprudência ora prevaiente, pois se trata de *damnum in reipsa*. (BITTAR, 2015, p.131)

Necessário entender que a compensação a respeito do dano moral não resultará na restauração total do ânimo da pessoa atingida, ou de seu equilíbrio, apenas oferece a possibilidade de compensar uma coisa pela outra, com a diminuição das consequências negativas. Diante da impossibilidade de restaurar o estado inicial em que a vítima se encontrava a indenização funciona como atenuante da situação danosa.

Constata-se que uma valoração meramente positivista não atende as necessidades do instituto em comento, é necessário a incorporação de valores ligados a moralidade, aos aspectos humanos e principiológicos trazidos pelo texto constitucional. O juiz ao entender o contexto em que ocorreu o dano deve decidir de maneira razoável, procurando o melhor julgamento dentro da realidade do litígio, para que seja arbitrado um valor compensatório e punitivo (educativo/repressivo) justo.

Dentro do contexto acima descrito, sendo o nosso país de tradição romano-germânico, pautado no positivismo jurídico, nos parece natural que exista um medo no sentido de comprometer a previsibilidade de um sistema jurisprudencial já estabelecido, daí surge a necessidade de engessar as decisões dos tribunais, com uma tentativa de padronizar os valores impostos em sentenças, principalmente quando se trata do assunto dano moral.

Na atualidade o Superior Tribunal de Justiça, utiliza-se do método bifásico para definir os valores das indenizações referentes aos danos morais. O método consiste em primeiro atribuir um valor médio de acordo com os precedentes do tribunal e em seguida verificar as circunstâncias do caso fixando assim, um valor específico.

Acredita-se que esse método é deveras equivocado. O equívoco encontra-se na ordem de análise do método, partimos do pressuposto de que deveria primeiro ser identificado o interesse jurídico lesionado, daí analisada as circunstâncias principais do caso, como o grau de culpa do agente, o ensejo ao dolo, a reiteração da conduta. Com base nesses critérios iniciais seria fixado um valor médio, após isso, seria verificada a jurisprudência afim de identificar casos em um nível máximo de proximidade ao caso concreto, por último seria analisada a extensão do prejuízo para vítima e o potencial econômico do ofensor. Esse seria a nosso ver a ordem correta de aplicação do método.

O atual método revela a tentativa da doutrina e da jurisprudência de sistematizar critérios já utilizados, porém não consideram a multiplicidade de variáveis que circundam o assunto, e é por essa razão que se torna impossível criar critérios específicos.

Dentro de uma perspectiva pós positivista, os princípios são considerados normas, e a carga histórica que trazem não pode e não deve ser desconsiderada no momento da verificação dos fatos e de sua valoração, sob pena de uma nova era de

mitigação de direitos, estes que foram conquistados durante toda evolução humana. É o que ensina Luiz Henrique Sapia Franco:

Ao desenvolver a teoria interpretativa do direito Ronald Dworkin propõe uma teoria mais completa do direito, onde a atividade do julgador deixa de ser a de um simples aplicador de normas, para ser uma ferramenta na construção do direito. Defende o autor que o sistema não é formado apenas por regras, mas também por princípios, que se diferenciariam daquelas por serem dotados de uma dimensão de peso. Além disso, criticou duramente a discricionariedade contida na tese de Hart, afirmando que o intérprete deve buscar a solução correta, o melhor julgamento para o caso concreto. Nos casos difíceis o juiz deverá se valer justamente dos princípios jurídicos para encontrar essa solução e fundamentar sua decisão. (FRANCO, 2015. p.2).

Em um ordenamento em que se entende que a Constituição é hierarquicamente superior, os princípios assumem o papel de nortear as decisões judiciais para alcançar o sentido da norma, ou seja, o sentido do instituto da responsabilidade civil, que é recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro e que impõe o dever de indenizar as ofensas, neste caso, de ordem moral.

A indenização em seu *quantum* deverá observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a partir daí surge a necessidade de verificar a extensão do dano como afirma o artigo 944 do Código Civil, que neste sentido, pode ser: grave, moderado e leve, porém nunca entendido como um “mero aborrecimento”, há também a imposição em seu parágrafo único da verificação proporcional da culpa.

Em se tratando de obrigações relacionadas a ordem consumerista, a existência de lei específica condiciona este tipo de relação a uma responsabilidade objetiva, não cabendo análise quanto a culpabilidade. Contudo, a compensação deve ser adequada em ambas as esferas, e nunca incentivar o desrespeito às normas contidas nos diplomas pátrios.

As leis existem como uma tentativa de inibir as condutas nelas previstas, o viés preventivo deve ser ponto preponderante na estipulação do valor para indenização, tendo em vista que ouve a ofensa a lei e a vítima. Ao ensejar a prevenção o magistrado estará estimulando os ofensores a adotarem critérios de qualidade para que se evite a reiteração da conduta. Neste sentido leciona Judith Martins Costa:

Quando, no Direito, certo instituto é refuncionalizado para atender novas necessidades, ou a circunstâncias que, mesmo existentes, não eram consideradas dignas de tutela, é preciso que a doutrina não se

aferre a dogmas que bem vestiam tão só a função antiga restando, na nova, como roupas mal cortadas, em massa produzidas. É precisamente o que ocorre com a insistência de atribuir-se à responsabilidade civil, como se integrasse a sua própria natureza, um caráter estritamente reparatório, sem nenhum elemento de punição ou de exemplaridade. (COSTA, 2001, p.204).

Em nossa sociedade a não reparação com a classificação de alguns danos como meros dissabores, ou até mesmo as reparações sem cunho preventivo e punitivo, servem de estímulo as pessoas jurídicas, bem como as pessoas naturais mal intencionadas, pois ao saberem que não serão punidas com rigor, ou que no máximo serão obrigadas pelo poder judiciário a pagarem apenas o que já deveriam pagar, preferem estas, descumprir a lei deixando de adotar medidas preventivas efetivas.

Casos atuais que ilustram essa tese são as ações de danos morais coletivos promovidas pelo rompimento da barragem de Mariana (2015) e Brumadinho (2019), ambas no estado de Minas Gerais, a primeira administrada pela empresa Samarco Minerações S.A e a segunda pela mineradora Vale S.A. Embora a primeira empresa tenham sido condenada ao pagamento de multas referentes aos prejuízos causados ao meio ambiente, bem como, tenham sido arbitradas indenizações referentes aos danos, matérias, morais e populacionais sofridos, tem-se notícias segundo informações do portal G1, de que até o momento os atingidos pela desastre da primeira barragem ainda não foram devidamente compensados de maneira realmente efetiva*, fato que gera o sentimento de impunidade estimulando a repetição da mesma conduta quanto a empresa responsável pelo rompimento da segunda barragem.

Pelo comportamento dos tribunais é possível perceber que hoje há um estímulo às condutas que lesionam direitos, exemplo disso é o surgimento da indústria do dano moral, assunto que será exposto no próximo tópico.

*Para confirmação dos dados da falta de indenização das famílias das vítimas, estão disponíveis nas referências os links das reportagens divulgadas pelo portal G1. Conforme autores e manchetes nos respectivos portais, vide referencias: PAES, Cíntia. Portal G1- MG, datada em 05/05/2018. SOARES, Ricardo. Jornal Nacional, BH datada em 09/03/2019. Portal G1 Minas. Belo Horizonte, datada em 06/05/2019. MACHADO, Leandro. BBC NEWS, datada em 11/12/2018.

2.2 O SURGIMENTO DA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL”

Apenas alguns anos após a promulgação da Constituição Federal Brasileira já se falava sobre dissabores que não deveriam ser ensejadores do dano moral é o que se pode constatar na jurisprudência da época:

DANO MORAL. NECESSARIAMENTE ELE NAO EXISTE PELA SIMPLES RAZAO DE HAVER UM DISSABOR. A PREVALECER ESSA TESE, QUALQUER FISSURA EM CONTRATO DARIA ENSEJO AO DANO MORAL CONJUGADO COM O MATERIAL. O DIREITO VEIO PARA VIABILIZAR A VIDA E NAO PARA TRUNCARLA, GERANDO-SE UM CLIMA DE SUSPENSE E DE DEMANDAS. AUSENCIA DE DANO MORAL, NO CASO CONCRETO RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 596185181, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 05/11/1996)

(TJ-RS - AC: 596185181 RS, Relator: Décio Antônio Erpen, Data de Julgamento: 05/11/1996, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)

Dois anos mais tarde já se falava sobre uma suposta “Industria do danos moral”, bem como, sobre a incompatibilidade da teoria da responsabilidade objetiva frente ao instituto. Neste sentido, segue trecho do artigo publicado no jornal Zero Hora de 10.10.1998:

Sob o título “A Indústria do Dano Moral”, o Desembargador Décio Antônio Erpen, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim expressa: (...) De outro lado, a seara jurídica fomenta, hoje, um instituto que, igualmente, instabiliza o próprio direito. Refiro-me à indústria do dano moral. Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e, sem parâmetros legais para a sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição de desconforto. Ele que deve ser o executivo da norma, passou a personalizá-la. A prevalecer o instituto sem critérios legais definidos, os profissionais, em especial os prestadores de serviço, exercerão seu mister com sobressalto; os produtores não resistirão às indenizações de valores imprevisíveis. Sequer as seguradoras assumirão a cobertura ante a ausência de um referencial para a elaboração dos cálculos. Enfim, toda a sociedade estará submetida ao subjetivismo, o que conspira contra um valor supremo do direito, a segurança jurídica. A corrente belicosa, se vitoriosa, gerará uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação ao narcisismo. A promissora indústria do dano levará a esse triste quadro. (..). (PERIN, p.11).

Fatores como o reconhecimento dos direitos da personalidade, aliado a insuficiente aplicação da teoria subjetiva da culpa e o surgimento do código de defesa do consumidor que instituiu a teoria da responsabilidade objetiva, de certo, trouxeram ao judiciário uma ampliação dos litígios, porém, não na intensidade com que se quer fazer acreditar.

Atualmente é inegável a constatação de que para o Poder Judiciário o instituto da responsabilidade civil figura como o grande vilão, principalmente quando se fala em multiplicação das demandas judiciais e a banalização do instituto.

Sob esse crivo a jurisprudência dos tribunais é uníssona ao afirmar que:

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. (TRT-2, RO 2015)

Com a criação das Tabelas Processuais Unificadas, CNJ iniciou um processo de padronização nacional dos códigos de classe, assuntos e movimentos processuais, o que culminou em um sistema único de informações. Em seguida o Conselho nacional de justiça lançou o Processo Judicial Eletrônico, que hoje está sendo utilizado em todo território nacional.

A partir do ano de 2015, mais da metade das demandas judiciais foram lançadas no novo sistema, o que implicou o universo de 13,6 milhões de processos. Desde então, é possível acompanhar a evolução dos litígios, inclusive pelos assuntos com maior incidência. Aduz o CNJ:

Serão apresentados os quantitativos de processos ingressados no ano de 2015 segmentados por classes e assuntos, segundo as tabelas processuais unificadas, as quais foram instituídas pela Resolução CNJ 46, de 18 de dezembro de 2007. Cabe esclarecer que existem diferenças conceituais entre os processos ingressados por classe/assunto e o total de casos novos informados nas demais seções do presente relatório. No cômputo do total de casos novos do Poder Judiciário algumas classes são excluídas, como é o caso dos precatórios judiciais, requisições de pequeno valor, embargos de declaração, entre outras. Todavia, nesta seção, o objetivo é conhecer a demanda para cada uma dessas classes em separado e, portanto, todas são consideradas. Com relação aos assuntos, é comum o

cadastro de mais de um assunto em um mesmo processo, e neste caso, todos são contabilizados. Portanto, os números que serão apresentados não refletem a quantidade de processos ingressados no Poder Judiciário, mas tão somente a quantidade de processos cadastrados em determinada classe e/ou assunto. O universo da presente análise agrega as informações de 83 tribunais, entre os 90 órgãos objeto de análise deste relatório (92%). Não encaminharam as informações requeridas o STM, 3 Tribunais de Justiça dos estados (TJBA, TJPB e TJRO) e 3 Tribunais Regionais Eleitorais (TRE-AM, TRE-MA e TRE-PA). (Conselho Nacional de Justiça, 2016, p.74).

Desta forma o CNJ apresenta a ideia de mapear a quantidade de processo que foram cadastrados em classes e assuntos específicos, assim é possível saber quais os assuntos de maior incidência nas demandas judiciais.

A partir de agora, serão analisados gráficos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça, disponíveis nos relatórios intitulados Justiça em números, que trazem dados sobre o funcionamento dos tribunais pátrios. Os dados analisados são dos anos base 2015, 2016 e 2017. O objetivo da análise dos referidos gráficos será demonstrar que não existe uma assim chamada “indústria de indenização de dano moral”, fato este que contradiz a justificativa exposta pelo tribunal, quando o mesmo afirma que o gargalo do número de processo está justamente relacionado ao dano moral, a análise gráfica irá demonstrar universos de demandas diferentes.

O critério de avaliação utilizado foi apenas a observação dos percentuais expostos pelos gráficos, que estão transcritos na íntegra.

Gráfico 1 –Assuntos mais demandados no Poder Judiciário – Ano base 2015

1. DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	4.980.359 (11,75%)
2. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	1.953.651 (4,61%)
3. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	1.737.606 (4,10%)
4. DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.667.654 (3,94%)
5. DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	903.628 (2,13%)
6. DIREITO CIVIL - Família/Alimentos	836.634 (1,97%)
7. DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	736.906 (1,74%)
8. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	705.266 (1,66%)
9. DIREITO PREVIDENCIÁRIO Benefícios em Espécie/Auxílio—Doença Previdenciário	623.889 (1,47%)
10. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Processo e Procedimento/Antecipação de Tutela / Tutela Específica	593.051 (1,40%)
11. DIREITO DO TRABALHO - Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	556.210 (1,31%)
12. DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Material	525.117 (1,24%)
13. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem/Citação	501.203 (1,18%)
14. DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	489.125 (1,15%)
15. DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	487.366 (1,15%)
16. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Liquidação / Cumprimento / Execução/Obrigações de Fazer / Não Fazer	468.950 (1,11%)
17. DIREITO CIVIL - Família/Casamento	464.689 (1,10%)
18. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem/Intimação	459.201 (1,08%)
19. DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos/IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano	451.571 (1,07%)
20. DIREITO CIVIL - Obrigações/Inadimplemento	449.869 (1,06%)

Fonte: Justiça em Números 2016, Ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 74.

Ao observar o Gráfico 1 percebe-se que no universo de demandas judiciais que representam 46,22% dos litígios, o assunto mais demandado no Poder Judiciário refere-se ao Direito do Trabalho com Rescisão do Contrato de trabalho/ verbas rescisórias com o percentual de 11,75 %, em segundo lugar temos o assunto referente ao Direito Civil Obrigações/ Espécies de Contrato apresentando percentual de 4,61%, em terceiro lugar o assunto mais demandado ligado ao Direito Tributário foi Dívida Ativa que representa o percentual de 4,10%.

Os assuntos referentes a Responsabilidade Civil, apenas aparecem a partir da quarta posição associados ao Direito do Consumidor com assunto Responsabilidade do fornecedor/ indenização por dano moral com o percentual de 3,94 %, na quinta posição com relação ao Direito Civil temos Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral com o percentual de 2,13%, aparecendo posteriormente na sétima posição com referência ao Direito do Trabalho o assunto Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral no percentual 1,74%, ou seja, no universo

de 46,22% dos litígios verificados o assunto dano moral representa apenas 7,81% dos litígios iniciados em 2015.

Diante dos números apresentados no Gráfico acima, percebe-se que a justificativa utilizada pelos tribunais de que estaria instalada no país uma “indústria de indenizações” e está estaria ligada ao instituto do dano moral não tem procedência, uma vez que os dados apresentados pelo próprio concelho revelam que as demandas judiciais de maior incidência estão ligadas aos assuntos verbas trabalhistas e ao assunto espécie de contratos e obrigações.

Para constatação do resultado da análise, se fez necessário analisar também os dados relevantes ao ano de 2016, na perspectiva de identificar uma evolução quanto ao instituto em comento, porém desta vez os dados são apresentados de forma separada levando-se em consideração os tribunais.

Segue portanto, o gráfico 2, que traz o demonstrativo da Justiça Estadual, com aproximadamente 41,48% do total de processos ingressados no Poder Judiciário, que reúne grande diversificação de assuntos. Percebe-se no entanto uma mudança apenas na padronização dos Gráficos, respeitando atualização gráfica da revista, separando por tribunais.

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.847.967 (11,51%)
	2. DIREITO DO TRABALHO – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	833.466 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário/Diferença Salarial	636.148 (1,25%)
	4. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	538.757 (1,06%)
	5. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	375.092 (0,74%)
Superiores	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	65.177 (0,13%)
	2. DIREITO DO TRABALHO – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	18.325 (0,04%)
	3. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	17.629 (0,03%)
	4. DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	16.641 (0,03%)
	5. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário/Diferença Salarial	13.138 (0,03%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	660 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	467 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Patrimônio/Furto	211 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	117 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra a Administração Militar/Desacato e da Desobediência	117 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra a Pessoa/Lesão Corporal e Rixa	1.158 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	868 (0,00%)
	3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO – Atos Processuais	666 (0,00%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar	457 (0,00%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar/Regime	454 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie/Auxílio – Doença Previdenciário	612.613 (1,21%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	489.290 (0,96%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	395.635 (0,78%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – (FGTS)/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	261.726 (0,51%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO – Contribuições/Contribuições Sociais	251.402 (0,49%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	1.161.179 (2,27%)
	4. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
	5. DIREITO CIVIL – Família/Alimentos	853.049 (1,68%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Candidatos	1.449.299 (2,85%)
	2. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Cargos	993.706 (1,96%)
	3. DIREITO ELEITORAL – Eleições	608.892 (1,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Prestação de Contas	536.625 (1,06%)
	5. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	403.350 (0,79%)

Fonte: Justiça em Números 2017, Ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 167.

Para a análise deste Gráfico, como já explicado anteriormente, a formatação gráfica está diferente, por sinal, mais facilitada para análise, em razão disso foram considerados apenas os tópicos específicos sobre o assunto “dano moral”.

Tal como demonstra o Gráfico 2, no Direito do Trabalho o segundo assunto mais demandado foi Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral com percentual de 1,64%, já no tribunal Estadual revela o gráfico que, em segundo lugar os assuntos relacionados ao Direito do Consumidor foram Responsabilidade do fornecedor/Indenização por Dano Moral com percentual de 3,46%, em quarto lugar

com relação ao Direito Civil o assunto foi Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral com percentual de 1,97% e nos tribunais superiores na segunda posição relacionado ao Direito do Trabalho foi o assunto Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral com percentual de 0,04%, ou seja, representa o assunto em tela, apenas 7,11% dos litígios iniciados em 2016, considerando a estimativa no total de 41,48% de processos iniciados.

É verificado que no Gráfico acima, mais uma vez é apontada uma realidade adversa da que é repassada pelo poder judiciário no tocante a afirmativa da existência de uma indústria do dano moral. Esses dados significam que as demandas judiciais analisadas sob a perspectiva de assuntos com maior incidência não traz o dano moral como o assunto mais recorrente, ao ponto de provocar um maior desencadeamento de demandas judiciais, de acordo com o gráfico o assunto em comento representa apenas 7,11% das demandas judiciais no ano de 2016.

Seguindo para o Gráfico 3, que demonstra, a Justiça Estadual, com aproximadamente 33,62% do total de processos ingressados no Poder Judiciário.

Gráfico 3 – Assuntos mais demandados do Poder Judiciário – Ano base 2017.

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.847.967 (11,51%)
	2. DIREITO DO TRABALHO – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	833.466 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	636.148 (1,25%)
	4. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	538.757 (1,06%)
	5. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	375.092 (0,74%)
Superiores	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	65.177 (0,13%)
	2. DIREITO DO TRABALHO – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	18.325 (0,04%)
	3. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	17.629 (0,03%)
	4. DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	16.641 (0,03%)
	5. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	13.138 (0,03%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	660 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	467 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Patrimônio/Furto	211 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	117 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra a Administração Militar/Desacato e da Desobediência	117 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra a Pessoa/Lesão Corporal e Rixa	1.158 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	868 (0,00%)
	3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO – Atos Processuais	666 (0,00%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar	457 (0,00%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar/Regime	454 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie/Auxílio – Doença Previdenciário	612.613 (1,21%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	489.280 (0,96%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	395.635 (0,78%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Organização Político-administrativa / Administração Pública/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	261.726 (0,51%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO – Contribuições/Contribuições Sociais	251.402 (0,49%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	1.151.179 (2,27%)
	4. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
	5. DIREITO CIVIL – Família/Alimentos	853.049 (1,68%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Candidatos	1.449.299 (2,85%)
	2. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Cargos	993.706 (1,96%)
	3. DIREITO ELEITORAL – Eleições	608.892 (1,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Prestação de Contas	536.625 (1,06%)
	5. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	403.350 (0,79%)

Fonte: Justiça em Números 2018, Ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 181.

Neste Gráfico de nº 3, é observado que o tema Direito do Trabalho está na segunda posição, o assunto mais demandado Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral com percentual de 1,64%, já no Tribunal Estadual revela o gráfico, que em segundo lugar os assuntos relacionados ao Direito do Consumidor são Responsabilidade do fornecedor/Indenização por Dano Moral com percentual de 3,46%, em quarto lugar com relação ao Direito Civil o assunto foi Responsabilidade Civil/ Indenização por Dano Moral com percentual de 1,97% e nos tribunais superiores na segunda posição relacionado ao Direito do Trabalho foi o assunto Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral com

percentual de 0,04%. Representando 7,11% dos litígios iniciados em 2017, aparece o assunto tema deste trabalho.

Os dados apresentados no Gráfico acima reafirmam que não há uma evolução nos números de litígios que versem sobre o dano moral, o que implica dizer que não existe relação entre o aumento das demandas judiciais que possa ser imputado ao instituto.

Em comparação dos Gráficos 1 e 2, é demonstrado que houve uma redução dos litígios no percentual em 0,7% do ano de 2015 para o ano 2016. Observando os Gráficos 2 e 3, se faz perceber que existe uma constante nos números de ações que versam sobre o instituto do dano moral. Em comparativo ambos apresentam o mesmo conteúdo numérico, na mesma ordem relacionada e os mesmos assuntos.

A conclusão extraída dos gráficos apresentados é a de que as demandas judiciais reúnem grande diversidade de assuntos, como consequência não é possível o judiciário afirmar que o aumento das lides se deve ao instituto da responsabilidade civil que traz em seu rol a espécie de dano conhecida como Dano moral. Assim, a tese levantada pelo judiciário sobre a banalização do instituto, bem como o surgimento de uma indústria de danos morais não pode prosperar, tendo em vista que os litígios referentes ao assunto representam apenas 7,11% dos processos ativos até o ano de 2017.

O Poder judiciário passa por uma crise, pela a acumulação de processos judiciais já existentes somados aos novos. A procura pelo judiciário se deve a modificação da sociedade, que hoje é mais numerosa, por consequência possui mais poder de compra e acima de tudo, está atenta aos seus direitos. As pessoas hoje sabem que são sujeitos de direito, entendem que as leis representam o que é aceitável e que impõem um limite as práticas usuais. Os valores sociais e constitucionais mudaram, e a população tem conhecimento disso.

Ao verificar os dados repassados pelo CNJ, fica claro que o problema do poder judiciário não é o dano moral e sim a ineficiência de um sistema que há tempo não vem acompanhando a evolução social e a dilatação de direitos, um sistema que durante anos não se organizou no sentido de implantar novas formas de resolução de conflitos e que agora visa restringir direitos como paliativo para uma crise provocada por seu próprio descuido.

Assim, em detrimento de todas as afirmações constitucionais existentes, hoje a jurisprudências dos tribunais brasileiros apresentam um viés restritivo visando combater as demandas judiciais que envolvam especificamente as indenizações referentes aos danos morais, buscando também a uniformização das decisões que se referem ao assunto. Como prova disso, temos o surgimento da Indústria do dano moral.

Os tribunais iniciaram este movimento de combate a “indústria das indenizações”, sob o argumento de que deveria se evitar a banalização do instituto do dano moral. No entendimento dos magistrados o acréscimo das demandas está diretamente ligado a pedidos despropositados e com somas desproporcionais, condutas estas que ensejaram uma reação efetiva do poder judiciário.

Sabemos que tais pedidos sempre foram usuais em demandas judiciais de qualquer natureza, a final, sabe-se que se pede aos magistrados como se pede a Deus. Porém, cabe ao juiz no exercício de sua função jurisdicional, conter os “abuso” decidindo dentro dos parâmetros de razoabilidade e não inibindo o acesso à justiça, afinal pretensão não é sinônimo de sucesso certo no litígio.

A reação dos tribunais foi de mudar sua postura, como afirma Miguel Barreto:

Deixando de reconhecer a existência de indenização por dano moral em inúmeros casos, por meio da tese do mero aborrecimento cotidiano, isto é, a ideia de que aquela situação lesiva vivenciada, por ser comum, não ensejaria qualquer reparação. Em outras palavras, seria tão normal aquele fato que a pessoa teria de suportá-lo como inerente à vida em sociedade. (Miguel Barreto, 2018)

A referida conduta atinge a efetividade da aplicação da norma, impedindo o alcance dos resultados que o legislador previu em sua elaboração, especialmente quando nos referimos ao Código de Defesa do Consumidor, norma que diariamente é desconsiderada mesmo carregando em seu bojo a determinação de:

Coibição e repressão eficientes de TODOS os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (Código de defesa do consumidor, 1990).

O referido código surgiu especificamente para sancionar e inibir condutas que demonstrem o descumprimento de deveres por parte dos fornecedores, deveres estes explicitados no próprio código.

Contudo, em movimento claramente contrário a constituição e as normas específicas do país, as jurisprudências dos tribunais afirma a evolução da “indústria das indenizações” para a “indústria do mero aborrecimento” na qual nega-se indenização por dano moral sob o argumento de que os aborrecimentos comuns do dia a dia, considerados como meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.

2.3 O mero aborrecimento como meio de evitar o acesso à justiça

A orientação das decisões judiciais é de um claro combate a concessão de indenizações por danos morais o que é absurdo, tendo em vista que nessas decisões o magistrado não pormenoriza a situação fático jurídica e sim a subjugação sob a afirmativa de que a ilicitude ocorrida pela falha da prestação do serviço ou produto não é grave o bastante para ensejar a indenização pleiteada, ou seja, há o reconhecimento do judiciário quanto a ofensa as normas, (leia-se ofensa ao código de defesa do consumidor), e ao mesmo tempo a informação repassada ao vulnerável é de que o fato ocorrido não é sério/grave o bastante para indenizar. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMÓVEL - DEFEITO DE CONSTRUÇÃO - INFILTRAÇÕES EM APARTAMENTO - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO - CONSTATAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - LAMENTÁVEL DISSABOR - DANO MORAL – NÃO CARACTERIZADO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - **As recentes orientações desta Corte Superior, a qual alinha-se esta Relatoria, caminham no sentido de se afastar indenizações por danos morais nas hipóteses em que há, na realidade, aborrecimento, a que todos estão sujeitos.** II - Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. III - No caso, a infiltração ocorrida no apartamento dos ora recorrentes, embora tenha causado, é certo, frustração em

sua utilização, não justifica, por si só, indenização por danos morais. Isso porque, embora os defeitos na construção do bem imóvel tenham sido constatados pelas Instâncias ordinárias, tais circunstâncias, não tornaram o imóvel impróprio para o uso. IV - Recurso especial improvido. (STJ, 2012) grifos nossos.

O movimento contrário as indenizações por dano moral é ainda intenso, pois apenas em 2018 o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro cancelou a súmula conhecida como “súmula do mero aborrecimento”, o cancelamento ocorreu por solicitação da OAB do estado do Rio de Janeiro, senão vejamos:

Na decisão, publicada no dia 18.12.2018 O desembargador Mauro Pereira Martins, relator do caso, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro firmou que, quando foi editada, em 2005, a Súmula 75 buscava evitar a banalização do dano moral e frear a propositura de demandas indenizatórias totalmente descabidas, verdadeiras aventuras jurídicas, que somente buscavam a obtenção de lucros desmedidos, fundadas na alegação desvirtuada do aludido instituto, assoberbando, cada vez mais, o Judiciário. (RODAS, 2018).

A referida súmula foi editada em 2005, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e possuía o enunciado “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”.

Na decisão em comento foi admitido que a expressão mero aborrecimento tem alcance amplo e genérico, capaz de gerar as mais diversas interpretações em razão da deliberação de cada magistrado. Admitiu ainda o desembargador Mauro Pereira Martins, relator do caso que a súmula amparava grandes empresas na violação do princípio contratual da Boa fé objetiva.

Asseveramos que a súmula durante anos incentivou o descumprimento de deveres assegurados por lei, tal qual ocorre com as decisões emanadas pelos tribunais de todo o Brasil. O mero aborrecimento é entendido como um dissabor inerente a convivência em sociedade. A propagação dessa ideia acarreta na desvalorização dos direitos e garantias trazidos na Constituição Federal, direitos estes que fizeram surgir o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor utiliza-se de maneira clara da teoria do risco, ou seja, o fornecedor é responsabilizado pelo risco da atividade lucrativa que se

propõe a desempenhar, não cabe no julgamento do magistrado anular em decisões judiciais premissas e princípios basilares que servem de fundamentação para existências de norma totalmente baseada na Constituição Federal.

Bruno Miragem ensina:

A responsabilidade civil do fornecedor no CDC, desde modo, apresenta um novo critério de repartição dos riscos sociais, em vista justamente dos reflexos da sua atividade econômica no mercado ... o princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar fidelidade com a palavra dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, já que está forma a base indispensável de todas as relações humanas. (MIRAGEM, 2016, p.142)

Com isso, percebe-se que a existência de inúmeras demandas judiciais que versem sobre responsabilidade civil e por consequência sobre o assunto dano moral, se deve a existência de danos provocados por produtos e serviços prestados sob a inobservância de deveres já instituídos, gerando assim danos injustos aos consumidores.

No processo quem tem que comprovar que não existe relação entre a causa e o efeito é o fornecedor e não o judiciário. Constata-se que o legislador ao instituir código de defesa do consumidor trouxe as excludentes de ilicitude, contudo o judiciário deliberadamente ao propagar a tese do mero aborrecimento cria uma espécie extra de excludente, desconsiderando assim o rol existente em lei, e de maneira mais grave desconsiderando a existência do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Por uma conclusão lógica diante da tese do mero aborrecimento, a percepção é de que o poder judiciário imputa ao vulnerável uma má fé, um desejo de enriquecer ilícitamente, insinua que a procura pelo judiciário se dá, não pelo desejo de justiça. Com isso desqualifica o fato, o nexo de causalidade existente e o ato ilícito.

O resultado desse movimento é inevitavelmente a redução das demandas judiciais, pois se o consumidor sabe que a procura pelo judiciário não vai dar em nada, para que deverá ele recorrer ao mesmo? Diga se de passagem que essa manobra não está resolvendo o problema do judiciário, que permanece afogado em demandas judiciais e ainda promovendo a injustiça social.

Neste sentido assevera a professora Amanda Flávia de Oliveira, doutora em Direito Econômico, Concorrência, Regulação e Consumidor:

O Judiciário nacional, ainda que não o perceba, pode estar enviando estímulos ao mercado de que vale a pena ser negligente com os consumidores ou descuidado com os produtos e serviços que fornece. Do ponto de vista da competitividade entre as empresas, esse incentivo pode ser nefasto, muito mais do que o da alegada “indústria do dano moral”. É sabido que fornecer produtos e serviços seguros e de boa qualidade custa caro. É igualmente notório que o custo de se respeitar os padrões da lei é repassado no preço. Contudo, se o desrespeito não é punido economicamente, o produto inseguro e de qualidade duvidosa se torna mais barato e tende a ganhar mercado por esse motivo. (OLIVEIRA. p.2).

E ainda, ao consumidor o judiciário emite a mensagem de que: embora exista um ordenamento específico permeado de princípio, de direitos considerados básicos e fundamentais, e de deveres a serem respeitados ainda existem obstáculos, estes criados pelo próprio sistema jurídico.

O esvaziamento da eficácia das normas contidas no CDC causa frustração ao consumidor que percebe a inibição do acesso à justiça. Entenda-se o termo acesso à justiça levando-se em consideração a prestação jurisdicional adequada que apresenta argumentos e fundamentos coerentes que visam resolver as contendas sociais da melhor maneira possível. Nesse sentido:

Desse modo, o Acesso à Justiça, como aqui propugnado leva em consideração o aspecto substantivo do termo Justiça, não o identificando com o mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário. Percebe-se que o Acesso à Justiça deve ser entendido como aquele acesso que proporciona a satisfação dos jurisdicionados com o resultado final do processo de resolução de conflito, seja esse resultado uma composição (acordo judicial ou extrajudicial) ou uma sentença de mérito que fato atribua ao cidadão aquilo que a legislação de modo abstrato lhe assegura. Não se trata simplesmente de trazer o cidadão a uma relação jurídico-processual polarizada, pois de nada terá adiantado o acesso à sala de audiência, ao processo, ou mesmo, ao tribunal se não houver uma resposta apropriada da jurisdição. (LIMA e MELO, 2016, p.321).

Por óbvio, a decorrente crescente nas demandas judiciais provocou a reação dos magistrados que utilizam-se da expressão mero aborrecimento para retirar direitos, causado assim a diminuição de litígios.

Ademais, a dificuldade do judiciário de valorar o dano moral, somado ao seu insucesso nas tentativas de criar critérios objetivos para quantificá-lo, ou seja, o fracasso em sistematizá-lo e ainda o excesso na quantidade de demandas judiciais não devem ser razões plausíveis para o incentivo ao desrespeito às leis, principalmente quando tal atitude, significa a retirada de direitos conquistados durante longos anos de evolução humana e jurídica.

CAPÍTULO III

3. CRIAÇÃO DA PSEUDO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE

Frente a larga utilização da tese de mero aborrecimento, no ano de 2016 a OAB de Cuiabá – MT decidiu em conjunto com a comissão de defesa do consumidor criar uma campanha intitulada “Mero Aborrecimento Tem Valor”. Através da campanha foram analisadas sentenças e acórdãos nas quais as fundamentações meritórias de inexistência do dever de indenizar do Fornecedor de serviços e/ou produtos eram baseadas na teoria do mero dissabor.

As sentenças foram recebidas de todas as partes do país. A aludida campanha tem por objetivo aprofundar o estudo sobre o tema ampliando o diálogo com o poder judiciário, demonstrando as consequências reais da tese em comento.

Embora todo este movimento tenha sido realizado em todo Brasil, o poder judiciário permanece com o mesmo comportamento, proferindo decisões que não promovem a responsabilidade social.

A manutenção da aludida tese que é pautada apenas na subjetividade do convencimento do magistrado possibilita que haja entendimentos nos quais a quebra de um dever acordado em contrato seja desconsiderada, a ofensa a deveres estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor seja minimizada em prol do incentivo a baixa qualidade dos serviços e produtos lançados e mantidos no mercado, ou seja, da azo a promoção de ilícitos, o que não se pode admitir no estado democrático de direito.

A reiterada prática do poder judiciário em utiliza-se do mero aborrecimento como mérito para decisão judicial incorre na prática de criar uma pseudo excludente de ilicitude. Excludente esta, que está aquém das já consagradas taxativamente pelas leis pátrias e pela doutrina.

3.1 O que são excludentes

Excludentes de responsabilidade são fatos que quando comprovados afastam a possibilidade de responsabilização, ou seja, eximem do dever de indenizar. O código de defesa do consumidor traz de maneira própria e taxativa as excludentes de responsabilidade, estas estão previstas nos artigos 12, § 3.º, e 14, § 3.º do referido diploma.

O primeiro artigo supracitado trata de responsabilidade do produto e afirma que o fornecedor que comprovar que: não colocou o produto no mercado; colocou o produto no mercado, porém o defeito inexistente; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro estranho a relação jurídica, estará isento de responsabilidade. Já no segundo artigo é tratada a responsabilidade dos serviços fornecidos no mercado de consumo, aduz o código que está excluído do dever de indenizar se o prestador de serviço comprovar que: tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro estranho a relação jurídica.

Uma vez comprovado que não colocou o fornecedor ou o prestador de serviço o produto ou serviço no mercado, não haverá ele que responder pelos problemas advindos desses itens, admitindo ele que colocou o produto ou o serviço no mercado e comprovando que os mesmos não possuíam defeitos não deverá também ser ele responsabilizado.

Diante do exposto extrai-se que a exoneração da responsabilidade depende unicamente da prova que o promovido produzir no processo, isto não quer dizer que o promovente esteja desobrigado a comprovar o dano e o nexo de causalidade, quer dizer apenas que através da inversão do ônus da prova por hipossuficiência ou verossimilhança nas alegações o fornecedor tem que comprovar qualquer uma das situações que excluem sua responsabilidade.

As excludentes de responsabilidade tem o papel de romper com o nexo de causalidade, ou seja, na constatação de que o dano decorreu efetivamente de outra causa que não esteja associada ao fornecedor. Assim, ensina CAVALIERI (2006, pág. 89) "Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente",

desta forma comprovado pelo fornecedor a ausência do nexo causal estará excluída a sua responsabilidade.

3.2 Quais os reflexos da excludente no caso concreto

Neste tópico será feita a análise de um julgado em concreto, sob a ótica do Código de defesa do consumidor:

Caso:

PEDRO HENRIQUE MELO A SILVA, diagnosticado com síndrome de West, com quadro atual de encefalopatia epiléptica caracterizada por crises epiléticas generalizadas (CID - 10 G 40.9), impetrou ação de obrigação de fazer, com tutela de urgência e cumulada com Danos Morais em face do plano de saúde AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL, pela negativa de prestação de tratamento prescrito por médico associado ao plano.

Ao verificar o caso concreto é constatado que o paciente já realizava tratamento medicamentoso e fisioterapêutico, porem foi prescrito por médico competente a terapia de reabilitação através de hidroterapia, comprovada a sua necessidade via laudo médico.

Contudo, fora negado pelo plano a cobertura integral do tratamento sob justificativa de que não havia previsão contratual para cobertura de terapias. Na sentença do juiz a quo foi acolhido em parte os pedidos da inicial sendo condenado o plano a custear o tratamento de hidroterapia, sem limite de sessões, até a conclusão da reabilitação do autor, confirmando-se a tutela antecipada, contudo houve o afastamento do pedido quanto aos danos morais.

Em sede de apelação nº de Nº 1016198-39.2016.8.26.0001 pretende a ré a improcedência da ação sob o argumento de falta de previsão contratual e de não inclusão do tratamento no rol da ANS. O autor pugna pela reforma do julgado com o reconhecimento dos danos morais sofridos em razão da negativa de prestação de serviço.

Segue emenda:

PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Pretensão do beneficiário à cobertura de tratamento médico de hidroterapia para o tratamento de síndrome de West. Sentença de parcial procedência, afastando danos morais. Recurso de ambas as partes. Negativa abusiva da ré apelante. **Com efeito, ilícita é a recusa que restringe tratamento de moléstia coberta.** De outra parte, a ausência de previsão expressa do procedimento em rol publicado pela ANS não se presta a obstar tratamento médico, tampouco enseja negativa de fornecimento por parte do plano de saúde. **DANO MORAL. Descumprimento contratual que causa mero aborrecimento, insuscetível de provocar sofrimento suficiente a justificar condenação.** Precedentes. Sentença mantida. RECURSOS NÃO PROVIDOS. (TJ-SP, 2019). Grifos nossos.

Na decisão em comento fora reconhecida a abusividade de cláusulas que limitam a responsabilidade da prestadora de serviço em relação a determinados tipos de terapias, pois oferecem restrições em excesso violando assim o artigo 51, inciso IV e § 1, do CDC, isto é, foi reconhecido que tal cláusula colocava o consumidor em desvantagem exagerada o que não coaduna com o princípio da boa - fé objetiva.

Considerando a natureza do contrato de prestação de serviço de saúde, que deve oferecer assistência à saúde de maneira eficaz, não parece lógico o contrato abarcar o tratamento da doença, porém de maneira parcial. Desta forma, o plano não pode restringir o tratamento indicado pelo médico, que é o único capacitado para indicar as necessidades de seu paciente.

In verbis trecho do acordão:

A negativa de tratamento imprescindível para a melhora de paciente/segurado, cuja demora cause risco à vida e a saúde, ou irreversibilidade da enfermidade, **é ato que viola direitos indisponíveis, pois a vida de um indivíduo e a sua saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.**

Na hipótese dos autos, o médico assistente atestou a necessidade de tratamento com terapia de reabilitação através de hidroterapia, visando a proporcionar condições para um melhor desenvolvimento e regressão do quadro global do paciente. (TJ-SP, 2019)

Em alusão ao trecho do acordão: Não seria à vida um direito inerente a pessoa humana? Por consequência um atendimento amplo para conservação da saúde do indivíduo não seria um direito da personalidade humana?

Segue trecho do acordão quanto ao dano moral:

Ainda, no que tange aos danos morais, a r. sentença também não comporta reforma.

Isto porque, **esta C. Câmara tem reiteradamente decidido que o descumprimento do contrato, por si só, não gera dano moral**, porquanto a parte tem o direito de defender, na interpretação contratual, a tese mais adequada ao seu interesse. **Não se discute que a negativa de cobertura pode ter causado certos dissabores ao autor, contudo, a necessidade em si de socorrer-se do Judiciário para resolver o impasse contratual não gera dano moral. Eventuais constrangimentos e ansiedades experimentados, quando da negativa, não caracterizam a dor moral grave** que justifica uma condenação pecuniária com caráter indenizatório. (TJ-SP, 2019) Grifos nossos.

No julgado utilizado como ilustração é perceptível a consolidação na jurisprudência pátria a equiparação entre o mero dissabor e a não caracterização do dano moral. Para que seja reconhecido o dano moral é necessário que ocorra a violação do direito não importando o grau de intensidade desta violação. Por tanto a solução não é deixar de conceder a indenização e sim usar os critérios existentes para quantificá-la de maneira proporcional.

Em um ordenamento jurídico em que a dignidade humana é um dos princípios basilares a violação de direitos da personalidade seja em qualquer proporção vão ensejar uma indenização proporcional. Ao reconhecer o mero dissabor o judiciário brasileiro reconhece também uma violação, porém a desvaloriza logo em seguida, estimulando assim o desrespeito ao ordenamento pátrio.

Não cabe ao magistrado responsável pelo caso concreto valorar que a dignidade da parte autora do litígio tem que atingir um certo patamar para que “mereça” de acordo com os seus preceitos ser indenizada, a dignidade de cada pessoa é inviolável, desta forma cabe ao julgador valorar as circunstâncias em que se deram a agressão.

Ao receber um ação que requer indenização por danos morais deverá o magistrado apreciar e responder a seguinte pergunta: houve violação a dignidade humana? Se sim, passar a analisar os outros critérios trazidos pela jurisprudência e doutrina.

O que se configura inadmissível é o magistrado admitir que houve uma violação mesmo que considerada de menor porte e está implicar em uma espécie de perdão judicial, leia-se, reconhecer o ato ilícito e desconsidera-lo sinalizando para o réu do litígio que ele pode continuar com tal conduta ofensiva.

Os reflexos da tese do mero aborrecimento são negativos, não contribuem para evolução do mercado, constroem uma jurisprudência permeada de mitigação de direitos, inibem o acesso à justiça e promovem a injustiça social.

A grande ideia constitucional que impôs a criação do Código de defesa do consumidor é a de proteger os sujeitos de direito, que são os que na verdade movimentam o mercado de consumo. Portanto, os magistrados e o mercado devem prezar por produtos e serviços que respeitem os padrões de qualidade, que oferecem segurança, que respeitam as normas já existentes e que acima de tudo protegem o consumidor e a sua dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao início do trabalho de pesquisa constatou –se que o instituto do dano moral guarda em seu cerne grande dificuldade e alto nível de subjetividade quanto a sua identificação e quantificação. Diante disso, foi identificada a importância do acompanhamento do comportamento dos tribunais pátrios quanto ao tema Dano Moral.

Assim, a pesquisa teve como objetivo geral a análise das perdas de ordem moral, sob a ótica da promoção da real justiça. Constatou-se que o objetivo foi atendido pois efetivamente o trabalho conseguiu identificar que os tribunais inovaram nas decisões judiciais, criando uma nova tese intitulada de “mero aborrecimento” a qual hoje é largamente utilizada como principal fundamentação para negativa das indenizações referentes ao instituto supra citado, promovendo assim a injustiça social e o desequilíbrio jurídico.

Foi descrito de maneira clara o contexto que possibilitou o surgimento da tese em comento, e de sua evolução para uma possível excludente de responsabilidade, tendo em vista que foi constatado que os tribunais combatem o instituto do dano moral sob o argumento de uma possível banalização do mesmo.

Com o intuito de mitigar direitos, a fundamentação das decisões são baseadas na tese de mero aborrecimento, conduta que desconsidera os ditames constitucionais ferindo assim o princípios da Dignidade da Pessoa humana, bem como a legislação vigente, em especial o Código de Defesa do Consumidor, que foi especialmente criado para tornar a relação entre fornecedor e consumidor equânime.

A pesquisa identificou através da jurisprudência e em análise de caso concreto que existe uma categorização do dano moral, e de acordo com a avaliação feita com base na vontade do julgador, há o reconhecimento do dano, porém com sua minimização, em seguida o informativo que este não merece indenização.

Partindo da hipótese do surgimento de uma indústria do mero aborrecimento que representa afronta direta aos bens tutelado pelo ordenamento jurídico, foi constatado que o uso da tese representa inovação jurídica e cria uma pseudo excludente de responsabilidade, desenvolvendo assim jurisprudência que oportuniza a indústria do mero aborrecimento.

A metodologia utilizada foi essencialmente bibliográfica e jurisprudencial, com análise de gráficos fornecidos pelo CNJ. Não sendo possível em razão do tempo, uma aprofundada análise jurisprudencial de tribunal específico.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Miguel. **Dano Moral a consumidor não pode ser tratado como mero aborrecimento.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/miguel-barreto-dano-moral-consumidor-nao-mero-aborrecimento> Acesso em: 23 de abril de 2019.

BARROS NETO, Adalberto Pinto de. **Mero dissabor: uma real agressão à dignidade humana.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=26d6e896db39edc7>, acesso em: 28 de maio de 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais.** 4ª edição, revista aumentada e modificada. Editora Saraiva: São Paulo, 2015.

BRASIL. **Código Civil de 1916** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm, Acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l104016.html, Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm, Acesso em: 02 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** P.292. Senado Federal: Centro Gráfico. Brasília, DF 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10ª edição. Editora: Atlas: São Paulo, 2012.

CNJ 2016. Justiça em Números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.

CNJ 2017. Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017.

CNJ 2018. Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil.** Editora Renovar: São Paulo, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil.** 16ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2011.

FRANCO. Luiz Henrique Sapia. **Notas sobre a Responsabilidade Civil na atualidade e sua função punitiva.** In: Revista dos tribunais online. Vol. 951/2015, p. 105 138 e Doutrinas Essenciais de dano moral. Vol. 4/2015, p. 605 638 Jul / 2015.

DTR\2014\20984. Thomson Reuters. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3 responsabilidade civil**. 15ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6ª Edição. Editora Atlas: São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2012.

GUERRA. Alexandre Dartanhan de Mello (coord.), BENACCHIO. Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil**. Editora Escola Paulista da Magistratura: São Paulo, 2015.

LIMA, Alexandre Augusto Batista; MELO, Auricélia do Nascimento. **A INDÚSTRIA DO “MERO DISSABOR” COMO VILIPENDIAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES: obstáculo à concretização do direito de Acesso à Justiça**. In: REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor. REPATS, Brasília, V. 3, nº 2, p.308-329, Jul-Dez, 2016 ISSN: 2359-5299. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/repats/article/view/7710>, Acesso em: 24 de maio de 2019.

MACHADO, Leandro. BBC NEWS. **Tragédia de Mariana: sem indenização, vítimas pescam em área contaminada e já acumulam R\$ 833 mil em multas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2018/12/11/tragedia-de-mariana-sem-indenizacao-vitimas-pescam-em-area-contaminada-e-ja-acumulam-r-833-mil-em-multas.ghtml>, Acesso em: 14 de maio 2019.

MARTINS COSTA, Judith. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.19. Editora Roma e América: Março, 2001.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. 18ª edição. Petrópolis: Vozes, 2001.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6ª edição, revista atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais LTDA: São Paulo, 2016.

OAB, Conselho Federal. **Parecer Campanha Mero Aborrecimento tem valor**. Disponível em: <https://oabpe.org.br/wp-content/uploads/2018/09/CFOAB-Parecer-Mero-Aborrecimento.pdf>, Acesso em: 10 de maio de 2019.

OLIVEIRA. Amanda Flávio de. **A indústria do mero aborrecimento**. Disponível em: <http://ena.oab.org.br/Content/Arquivos/a-industria-do-mero-aborrecimento-por-amanda-flavio-pereira.pdf>, Acesso em: 10 de maio de 2019.

PAES. Cíntia. Portal G1 MG **Processos e Acordos Marcam 30 Meses do Desastre da Barragem de Mariana**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/processos-e-acordos-marcam-30-meses-do-desastre-da-barragem-de-mariana.ghtml>, Acesso em: 14 de maio 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**; Gustavo Tepedino. 12ª edição revista atualizada e ampliada. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2018.

PERIN, Jair José. **A Responsabilidade Civil do Estado e o Dano Moral**. Disponível em PDF: www.agu.gov.br/page/download/index/id/637436, Acesso em: 25 de maio de 2019.

PORTAL G1 MINAS – Belo Horizonte. **Julgamento de ações contra Samarco é adiado**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/05/06/julgamento-de-acoes-contrasamarco-e-adiado.ghtml>, Acesso em: 14 de maio 2019.

RAMIRES, Marco Rogério Duarte. **Responsabilidade Civil: Uma análise do Dano Moral** Disponível em: [https://univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/Responsabilidade e_Civil_-_Uma_An%C3%A1lise_do_Dano_Moral_1181_pt.pdf](https://univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/Responsabilidade_Civil_-_Uma_An%C3%A1lise_do_Dano_Moral_1181_pt.pdf), Acesso em: 20 de março de 2019.

RODAS, Sérgio. **DANO OBJETIVO: Leia a decisão do TJ-RJ que cancelou a "súmula do mero aborrecimento"**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-18/leia-decisao-tj-rj-cancelou-sumula-mero-aborrecimento>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª edição. Editora Atlas S.A: São Paulo, 2013.

SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO DO PARANA Disponível em: http://codigo_hamurabi.pdf/www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/codigo_hamurabi.pdf, Acesso em: 20 de março de 2019.

SOARES, Ricardo. Jornal Nacional, **Tragédia de Mariana não tem Punidos Após Mais de 3 Anos, e Processo está Parado**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2019/03/09/tragedia-de-mariana-nao-tem-punidos-apos-mais-de-3-anos-e-processo-esta-parado.ghtml>, Acesso em: 14 de maio de 2019.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8ª edição. Editora Revista dos Tribunais LTDA: São Paulo, 2011.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp: 1234549 SP 2011/0013420-1. Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 01/12/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe10/02/2012. Jus Brasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21276641/recurso-especial-resp-1234549-sp-2011-0013420-1-stj/relatorio-e-voto-21276643?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

TJ-SP. Apelação Cível: 10161983920168260001 SP 1016198-39.2016.8.26.0001, Relator: ANA MARIA BALDY, Data de Julgamento: 04/10/2013, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/04/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692593856/apelacao-civel-ac->

10161983920168260001-sp-1016198-3920168260001/inteiro-teor-692593875?ref=juris-tabs, acesso em: 27 de maio 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 2: **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª edição revista atualizada e ampliada. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2017.

TRT-2. RECURSO ORDINARIO: RO 00001724520145020009 SP 00001724520145020009 A28, Relatora: MARIA JOSÉ BIGHETTI ORDOÑO REBELLO, Data de Julgamento: 04/03/2015, 1ª TURMA, Data de Publicação: 13/03/2015. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202253308/recurso-ordinario-ro-1724520145020009-sp-00001724520145020009-a28/inteiro-teor-202253319>. Acesso em: 25 de maio de 2019.