



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

VANESSA LAZAR MEYER

DANO MORAL E INEXECUÇÃO CONTRATUAL

BRASÍLIA

2010



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

VANESSA LAZAR MEYER

RA: 2047724/4

DANO MORAL E INEXECUÇÃO CONTRATUAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Leonardo Roscoe Bessa.

BRASÍLIA

2010

DEDICATÓRIA

Em especial aos meus pais, que em muito me apoiaram durante toda minha formação no curso de Direito, e familiares, que me proporcionaram escolhas das quais sou muito grata.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor orientador Leonardo Roscoe Bessa, que me vem me ajudado ao longo desses anos como educador e foi primordial na escolha do tema e na conclusão deste trabalho.

EÍGRAFE

O mundo moderno, com a desmedida corrida em busca do lucro, sem que se respeitem à ética e à moral nas relações negociais, transformou os seres humanos em frios e abstratos números. O melhor método de garantir o respeito à dignidade e aos direitos fundamentais da personalidade humana, somente atingirá seus desígnios, se fosse adotada uma postura sólida de reprimenda aos abusos cometidos.¹

Nehemias Domingos de Melo

¹*Dano Moral – Problemática: Do cabimento à fixação do dano.* Editora Juarez de Oliveira, 2004.

RESUMO

A presente monografia trata da responsabilidade civil por danos morais decorrente da quebra da relação jurídica contratual, tema ainda muito controverso no pensamento dos magistrados e doutrinadores. Objetiva uma sintonia que esclareça que a ofensa aos direitos de personalidade consagrados com a atual Carta Constitucional de 1988, desde que indo além da normalidade do dia-a-dia, podem dar ensejo à qualquer tipo de responsabilidade, seja ela contratual ou extracontratual, pois decorrem do princípio da boa-fé objetiva nas obrigações contratuais, que enseja o necessário dever de cuidado na maneira como se induz a aplicabilidade do pactuado, e na proteção da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, que penaliza qualquer espécie de violação aos valores imateriais do homem.

Palavras-chave: responsabilidade civil; dano moral; dignidade humana; direitos da personalidade; violação; obrigação; contrato; dever de cuidado; boa-fé objetiva; responsabilidade contratual; responsabilidade extracontratual; unificação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. DANOS MORAIS	11
1.1 Noção de danos morais	11
1.2 Evolução Histórica	13
1.2.1 O dano moral antes da CF/1988	13
1.2.2 Após sua positivação na CF/1988	17
1.2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	19
1.2.2.2 Os direitos da personalidade	20
1.2.3 Os danos morais com o advento do CC/2002	22
1.3 O dano moral e sua reparabilidade	27
1.3.1 Prova do dano moral	28
1.4 Dano moral na visão do STJ	30
2. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL	32
2.1 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual	32
2.2 O contrato, sua concepção atual e seus efeitos	35
2.2.1 Deveres principais, secundários e acessórios	36
2.3 Boa-fé objetiva no direito contratual	38
2.3.1 Função social	40
2.3.2 Dignidade da pessoa humana	41
2.4 Responsabilidade contratual: concepção moderna	42
2.5 Unificação das responsabilidades	42
3. INADIMPLENTO CONTRATUAL E DANO MORAL	47
3.1 A ideia do dano moral contratual	47
3.2 O fato ilícito gerador do dano	51
3.3 Pressupostos do dano moral contratual	54
3.3.1 Característica do contrato entre as partes	55
3.4 Conduta do devedor como fator determinante	57
3.4.1 Mora ou atraso no cumprimento da obrigação contratual	58
3.4.2 O papel desempenhado pela indenização	59
3.5 O inadimplemento contratual e os princípios constitucionais	59
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

A presente monografia abordou um tema cuja problemática ainda não é muito debatida no pensamento dos estudiosos jurídicos. Porém, é de extrema importância levando-se em conta as contingências da vida moderna. Relacionar o instituto dos danos morais, que são a ofensa aos valores imateriais do homem tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a ocorrência do inadimplemento contratual, por culpa ou dolo do contratante, é demonstrar que a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, tida como princípio geral informador ou cláusula geral de aplicabilidade de todas as normas jurídicas, deve sempre ser levada em consideração quando se tratar, principalmente, de responsabilizar aquele que vai em desfavor da tutela protegida pelo sistema jurídico.

A responsabilidade dos contraentes em agir segundo o princípio da boa-fé objetiva nos contratos, deverá ser seguida, tanto na execução quanto na conclusão do contrato. Surge para os contraentes a dever de agir segundo os princípios e objetivos fundamentais elencados na Carta Constitucional de 1988, que tornou efetiva a proteção aos valores imateriais do homem, tutelando seus direitos de personalidade, que são os atributos que o individualizam perante o contexto social.

Ainda na extinção do contrato, devem ser observados os deveres acessórios de cuidados segundo os ditames da boa-fé objetiva, que enaltece o dever de zelo, honestidade transparência e confiança com aquilo que se pactuou de forma livre, para que não decorra a responsabilidade de indenizar por danos àquele que teve prejuízo com seu inadimplemento consciente. A responsabilidade civil por danos morais decorrente de inadimplemento contratual, foi tratada como responsabilidade pós-contratual.

A responsabilidade contratual durante sua execução é tema que já vem debatido a muitas décadas e por diversos autores, já massificado no conceito dos estudiosos de direito, e que não merece importância no contexto a que se propõe o tema.

O tema aborda, também, relevância jurídica, pois à medida que as relações entre particulares são respeitadas perante os ditames elencados e objetivados pelo ordenamento jurídico, as relações sociais são harmonizadas, evitando, assim, a banalização do instituto dos danos morais, e a ofensa desmedida aos valores morais do ser humano.

A responsabilidade pós-contratual, ou culpa *post pactum finitum*, foi pouco enfrentada pela doutrina e jurisprudência, seja no plano nacional, ou no plano internacional.

Este trabalho tem por finalidade demonstrar que a responsabilidade civil pós-contratual é assunto relevante no contexto social, e existe no nosso sistema jurídico, podendo ser invocada nas relações entre particulares, sejam as reguladas pelo Código Civil de 1916, como principalmente pelo novo Código Civil de 2002, assim como nas também nas relações de consumo.

Apesar de ainda não existir uma definição doutrinária ou jurisprudencial que entenda que a quebra negocial possa dar ensejo à reparação por danos morais, é sobre essa controvérsia que o assunto foi desenvolvido. A relevância da matéria se faz sentir porque muitos autores têm entendido que o inadimplemento contratual apenas enseja o ressarcimento por danos patrimoniais, não se permitindo a possibilidade de reparação pelos danos extrapatrimoniais.

No primeiro capítulo abordou-se a evolução do conceito de danos morais no ordenamento pátrio, sua evolução doutrinária e controvérsias elencadas pelos defensores da teoria de que não se pode ressarcir com pecúnia os danos de ordem moral, visto que grandezas de ordem diversa. Citou-se, ainda, sua conceituação, que ainda hoje não é definida, podendo variar de acordo com sua aplicabilidade e eficácia.

Existe uma controvérsia quanto à reparação por danos morais anteriores à sua positivação na atual Carta Constitucional de 1988, mas hoje tem-se que estes são devidamente protegidos pelo texto constitucional e também regulados pelo Código Civil de 2002, a sua aplicabilidade estende-se também em leis infraconstitucionais, como, citado, no Código de Defesa do Consumidor, ocorrendo

sempre que a ofensa atinja os valores da personalidade, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, ambos também tidos como fundamentos de proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, tratou-se das espécies de responsabilidades decorrentes das obrigações civis. Com foco no tema da presente monografia, abordou-se exclusivamente as responsabilidades contratual, ou seja, decorrentes de acordo entre as partes, e extracontratual, decorrente da lei.

A responsabilidade contratual possui uma concepção moderna nos dias atuais, diferente da abordada nos séculos anteriores, que refletem o avanço das relações sociais existentes, devendo, portanto, ser também vista com outros olhos.

Abordar os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana é constatar as novas tendências de responsabilização decorrente da ruptura do negócio jurídico.

No terceiro capítulo, relacionam-se os temas citados nos capítulos anteriores, informando os pressupostos do dano moral contratual e o papel desempenhado pela indenização decorrente do inadimplemento culposos ou da ofensa direta aos direitos da personalidade.

1 DANOS MORAIS

Ao iniciar este trabalho, é mister seja analisado a origem e evolução do conceito de danos morais. Sua percepção nos dias atuais, ainda não é de efetiva clareza, mas muito se pode dizer sobre suas premissas e evolução histórica. Muitas correntes se fizeram, vários debates foram tecidos, até que a Constituição da República Federativa do Brasil veio a consagrar sua legitimidade no ordenamento pátrio.

Ao analisar os danos morais diante de um inadimplemento contratual, é de fundamental importância entender que esta é uma teoria que ainda amadurece no pensamento dos doutrinadores, e que é também debatida nos Tribunais. Muitos se dizem contra e poucos se mostram favoráveis. É essa dicotomia o objeto do trabalho.

1.1 Noção de Dano Moral

Para Carlos Roberto Gonçalves,

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos arts. 1º, III², e 5º, V³ e X⁴, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.⁵

O dano moral não seria propriamente o sentimento de dor, de angústia ou de sofrimento, eis que meros estados de espírito, mas o direito decorrente da privação desses bens tutelados, sobre os quais a vítima tem interesse reconhecido juridicamente, apenas como forma de atenuar e compensar suas conseqüências para o lesado.

² Fundamentos da República Federativa do Brasil: “III – a dignidade da pessoa humana”.

³ “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

⁴ “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”.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Volume IV: Responsabilidade Civil*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359.

Para Sérgio Cavalieri Filho,

[...] só se pode reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do dia-dia, tais situações não são intensamente duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.⁶

O conceito de dano moral ainda encontra muita controvérsia doutrinária. Mas, majoritariamente, duas correntes mostram-se tendenciosas a explicar-lhe sua noção. Uma corrente que diz que o dano moral é aquele ligado ao sentimento de dor, e outra, mais coerente com o entendimento no que tange a sua reparabilidade por quebra de relação negocial, diz que seria a ofensa aos direitos de personalidade.

Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho⁷:

Enquanto o dano material, (...), importa em lesão de bem patrimonial, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

Maria Helena Diniz entende que “o dano moral vem a ser lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”.⁸ Héctor Valverde conclui que não há como elaborar rol taxativo ou fechado de valores inerentes à dignidade da pessoa humana e limitar os casos de dano moral.⁹

Ainda,

Para a construção da definição de dano moral é necessário abandonar a posição clássica que adota o critério negativo por exclusão. *Dano moral* não se resume apenas na lesão sem repercussão patrimonial. Há necessidade de se modificar o foco da questão, abandonando-se a concepção de que o dano moral pressupõe a *dor* para a vítima, para

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

⁷ Idem, p. 83.

⁸ *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, vol. VII, p. 84.

⁹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 150.

localizá-la primeiramente na ideia de lesão ou privação de um direito da personalidade. Em segundo lugar, considerando que toda violação de direito subjetivo tem uma sanção correspondente no sistema jurídico, o atentado a direito da personalidade deve ser reparado.¹⁰

Esse é o entendimento que hoje se tem no que tange à reparabilidade por danos não patrimoniais. Qualquer lesão efetiva que repercute em ofensa aos direitos da personalidade consagrados pela Carta da República, e na dignidade da pessoa humana, são passíveis de proteção no direito brasileiro.

A definição coerente com a ideia central deste trabalho, diz que o dano moral seria a violação a um direito da personalidade, de forma autônoma, mesmo que não haja repercussão na esfera patrimonial do indivíduo, sendo desconsiderados os casos de mero dissabor e aborrecimentos do cotidiano, cuja a sanção tem a finalidade não só de compensar a vítima, mas também a de punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que possam dar ensejo à insegurança jurídica.

1.2 Evolução Histórica

1.2.1 O dano moral antes da CF/1988

O ser humano, desde sua concepção, tem direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Quer dizer que, desde o seu nascimento com vida, é sujeito de direitos e deveres na ordem civil. Adquire direitos da personalidade (direito à moral, à honra, à imagem, ao nome, entre outros), que são inerentes à pessoa humana, não patrimoniais, e, portanto inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Todos da sociedade devem respeito a esses direitos, oponíveis *erga omnes*. A sua violação está a exigir uma sanção, pelo dano causado à vítima.

É nesse sentido que o dano moral encontra guarida no âmbito da Responsabilidade Civil, a qual tem, nas palavras de Silvio Rodrigues, como “princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrado no

¹⁰ *Idem*, p. 153.

ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de reparar”¹¹.

Historicamente, entretanto, a legislação vigente no Brasil não disciplinava o ressarcimento por dano moral, não tendo, portanto, no ordenamento jurídico, anteriormente à Carta Magna de 1988, relevância que admitisse o entendimento absoluto quanto à sua aplicabilidade.¹²

Inclusive, há doutrinadores que entendem que, mesmo após a vigência do Código Civil de 1916, ainda o artigo 159¹³ do Diploma legal não abordava o dano moral, apenas o dano material. A reparabilidade por danos morais, mesmo após a vigência do Código Civil de 1916, só era reconhecida em situações isoladas, como nos casos de acidentes ferroviários. Outros, como Humberto Theodoro Junior¹⁴, consideraram o art. 159 como regra principal da reparabilidade do dano moral no sistema jurídico brasileiro.

Porém, como se pode observar, o artigo garantia simplesmente a reparação do dano, não fazendo distinção em dano material e dano moral. Apesar da preferencial preocupação do legislador em tutelar o conjunto de bens econômicos do sujeito de direito, o CC/1916 também regulava, mesmo que forma dispersa, os interesses imateriais do ser humano.¹⁵

Ainda sim, decisões do Supremo Tribunal Federal negavam aos familiares das vítimas a indenização por danos morais¹⁶, e também proferiam julgados

¹¹ *Direito Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13.

¹² Na Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas (1899), um caso de dano moral identificado nas antigas Ordenações do Reino referia-se à sedução da mulher, cuja reparação era *in natura* (casamento) ou em pecúnia (constituição de um dote).

¹³ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nesse Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.

¹⁴ *Dano Moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 57.

¹⁵ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 144.

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma. RE 11786. Ementa: [Não é admissível que os sentimentos morais dêem lugar a reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material]. Relator Min. HAHNEMANN GUIMARÃES. Julgado em 07/11/1950. Ainda, 2ª Turma. RE 85862. Ementa: [Se a transportadora foi condenada ao pagamento de pensão a título de indenização por lucros cessantes, a esta não se acumula, em caso de morte, a indenização por dano moral]. Julgado em 20/09/1977.

em que o dano moral só se tornaria indenizável caso a lesão produzisse reflexos patrimoniais ao ofendido.¹⁷

Dissertando nesse sentido, Yussef Said Cahali:

Do mesmo modo, manifestava-se alguma jurisprudência pretendendo, no plano geral, que o dano moral somente seria indenizável quando suscetível a avaliação de seus reflexos patrimoniais, e na medida destes; mesmos nos casos expressos em lei, o dano moral somente seria indenizável quando produzisse por si reflexos prejudiciais na economia do ofendido, não sendo portanto ressarcível o dano moral sem repercussão de ordem patrimonial.

Mas os insistentes reclamos doutrinários acabaram despertando esses julgadores de sua letargia, compelindo-os a encarar com maior sensibilidade a nova realidade social que se apresentava; propondo-se então os nossos Tribunais de todas as instâncias a um processo revisionista da *mea culpa*, inspirado na necessidade de uma proteção mais ampla dos interesses morais, tão contundentemente feridos pelas contingências da vida moderna.¹⁸

Como se pode observar, era muito restrito em nosso Código de 1916 o entendimento no que tange ao reconhecimento da indenização decorrente de ofensa e constrangimento à pessoa humana.

Muitas eram as objeções levantadas contra a reparação do dano puramente moral. Argumentava-se, principalmente, que seria imoral procurar dar valor monetário à dor, ou que seria impossível determinar o número de pessoas atingidas, bem como mensurar a dor, e, ainda, que não haveria possibilidade de apagar com dinheiro, os malefícios dessa natureza.¹⁹

Além disso, ainda que se pretendesse não indenizar, mas compensar esses danos não patrimoniais, diziam ser muito difícil, senão praticamente impossível, fixar, sem uma larga margem de arbítrio, a compensação correspondente a cada caso concreto.

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 29447, Relator Min. AFRANIO COSTA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/1958: “Dano moral: não é indenizável ante o nosso direito positivo”.

¹⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 2ª ed., p. 50.

¹⁹ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 603.

A esses argumentos, replicava-se a afirmação de que, embora o dinheiro e as dores morais sejam, de fato, grandezas diversas, a prestação pecuniária a cargo do causador da dor, além de constituir para este uma sanção adequada, como uma espécie de pena, poderia também contribuir para atenuar, minorar e de algum modo compensar os danos sofridos pela vítima. E, indubitavelmente, entre uma e outra situações, mais justa e criteriosa seria essa segunda afirmação.

Diante dessa celeuma que rodeava o conceito de dano moral indenizável, uma nova realidade social se impunha e, devido ao desenvolvimento da nossa doutrina, reconhecendo em obras célebres a existência do dano moral, por razões bem diferenciadas das relativas aos danos materiais, os Tribunais foram paulatinamente renovando os seus entendimentos a fim de acompanharem as contingências da vida moderna.

Houve então uma gradativa ampliação do conceito de dano moral indenizável, o que a princípio se verificou na valoração do dano material até se chegar à indubitável compreensão em favor da reparabilidade.

Assim, o direito evoluiu mais ainda, e, a partir de 1960, muitos julgados já reconheciam a possibilidade de cumulação de danos morais e danos materiais, direcionando-se ao entendimento, mesmo que de forma ainda tímida, serem institutos autônomos.

A jurisprudência e a doutrina pátrias já se mostravam tendenciosas e consignavam em virtude da tutela dos direitos da personalidade em leis especiais, como nas leis:

Lei 4.117, de 27/08/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações, revogado parcialmente pela Lei 9.472/1997- Lei Geral de Telecomunicações), arts. 81/87 – posteriormente revogados de modo expresso, pelo Decreto-Lei 236, de 28/02/67: marcou o novo período de evolução do princípio da reparabilidade do dano moral; tratava expressamente da regulamentação dos danos morais

indiretos ou dos reflexos patrimoniais dos danos não-econômicos.²⁰

Lei 4.737, de 15/07/65 (Código Eleitoral), art. 243, parágrafos 1º e 2º, e Lei 5.250, de 09/02/67 (Lei de Imprensa), arts. 49/57, que tratavam expressamente da indenização por danos morais igualmente nos casos de calúnia, injúria e difamação.

Lei 5.988, de 14/12/73 (Lei de Direitos Autorais), arts. 21, 25/28, 121/130, hoje revogada pela Lei 9.610, de 19/02/98, que assegurava ao autor de obra intelectual o direito, dentre outros, de usar, gozar, dispor e reivindicar a paternidade de sua atividade, bem como à reparação de danos morais;

A tese da reparabilidade do dano moral, segundo Héctor Valverde, passou por três momentos distintos.²¹ Inicialmente, prevaleceu a teoria negativista, consistente na expressiva oposição doutrinária quanto à possibilidade de reparação do dano moral, seja direto ou indireto, com decisiva influência na jurisprudência nacional. O segundo momento afirmava a impossibilidade de existência do dano moral. Trata-se da teoria eclética ou mista, que por sua vez admitia a reparabilidade do dano moral desde que houvesse uma repercussão material. Prevaleceu, em um terceiro momento, a teoria positivista, que acolheu a tese de reparabilidade do dano moral puro, principalmente após a inserção do instituto no CF/1988 (art. 5º, V e X).

1.2.2 Após sua positivação na CF/1988

Antes da Constituição Federal de 1988, os danos morais não estavam disciplinados em nenhum diploma legal, salvo em legislações extravagantes, o que levava ao entendimento de que não era um direito legalmente reconhecido, em virtude da inexistência de norma jurídica que autorizasse sua aplicabilidade.

²⁰ Seus artigos 81 a 88 dispunham sobre o dano moral relativo às ofensas experimentadas por alguém em virtude de calúnia, difamação ou injúria, veiculados por radiodifusão, ampliando, inclusive, as hipóteses de reparabilidade.

²¹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 135.

Reconhecendo a tese de reparabilidade do dano moral com o advento da nova carta constituinte, quer dizer que o sistema jurídico brasileiro reconheceu também que o ser humano é dotado de valores extrapatrimoniais, que são os chamados direitos da personalidade, distanciando-se da exclusividade de proteção patrimonial, fundamentais para sua existência digna, cuja tutela apresenta-se imprescindível à vida em sociedade.²²

A justificar os danos morais, a lição de Mazeaud & Tunc:

Parecia chocante, em uma civilização avançada como a nossa, que fora possível, sem incorrer em nenhuma responsabilidade civil, lesionar os sentimentos mais elevados e nobres dos nossos semelhantes, enquanto o menor atentado contra o seu patrimônio origina reparação.²³

Atualmente, existe previsão expressa de reparação dos danos extrapatrimoniais em dois incisos (V e X) do art. 5º da Constituição Federal, sustentando definitivamente a reparabilidade por dano moral. Positiva-se assim o vislumbramento de verdadeira cláusula geral de tutela ao dano moral em nosso direito pátrio. É a consagração, apta a afastar qualquer dúvida quanto à sua reparabilidade, da efetiva proteção ao dano puramente moral. Tem-se, de fato, com a consolidação da atual Carta Constitucional, verdadeiro divisor de águas de sua reparação no direito brasileiro.

A partir de então, sua admissibilidade encontrou plena guarida no ordenamento nacional, a consagrar inclusive sua autonomia frente ao dano material. E não se deve admitir, com base no princípio da hierarquia das fontes²⁴, qualquer interpretação destoante dessa orientação.

Admitindo a possibilidade de reparação de dano provocado por lesão à direitos da personalidade, o ordenamento jurídico brasileiro valoriza o ser humano na

²² Segundo Héctor Valverde, (*Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 135), imprescindível à vida em sociedade livre, justa e solidária, coerente com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, I, da CF/1988.

²³ Apud BUARQUE, Sidney Hartung. *Da Demanda por Dano Moral na Inexecução das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁴ Princípio da hierarquia das fontes diz que as normas constitucionais não podem ser contrariadas em nenhuma hipótese, pois são as mais importantes do país.

sua aceção mais ampla da dignidade, independentemente da repercussão material, na proteção dos bens que relacionam à sua esfera social, física e psíquica.

Na visão de Héctor Valverde,

O atual desenvolvimento da Ciência do Direito não mais permite deixar desamparados os direitos da personalidade, tornando-se pacífica a questão de restabelecer o equilíbrio social e jurídico, comprometido pela prática do ato ilícito atentatório aos valores extrapatrimoniais do sujeito de direito, com a imposição de uma sanção pecuniária ao infrator da norma jurídica, não como o preço da dor (*pretium doloris*), mas como função compensatória das conseqüências experimentadas pela vítima em decorrência do ato ilícito.²⁵

Neste sentido, deve-se admitir que os dispositivos constitucionais são dotados de força normativa e tem aplicabilidade direta, e, em se tratando de dano moral, sede de nosso estudo, inescusável se faz a análise dos princípios e normas constitucionais atinentes à proteção da pessoa humana, a fim de estabelecermos tal conexão.

A Carta Constitucional de 1988 veio a consagrar vários direitos e garantias do indivíduo potencialmente violáveis, tanto no âmbito público como também no âmbito privado. Entre eles: a cidadania, a liberdade, o direito à existência digna, os direitos de personalidade e, em especial, a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III.

Construindo a doutrina e a jurisprudência os alicerces da tutela do dano moral com lastro na *proteção da personalidade do indivíduo*, entende-se como manto protetor dos valores mais sagrados do ser humano: sua honra, sua imagem, privacidade, intimidade e sua liberdade.

O tema passa nesse momento, após positivação no texto constitucional, por uma reciclagem de conceitos. Agora o enfrentamento jurídico passa a ser com a disciplinação do uso do instituto, visto que a demanda reprimida que existia, tem levado a sua aplicação sem uma uniformidade de critérios.

²⁵ *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 142.

Em legislações especiais, o dano moral também foi consagrado em diversos diplomas legais, como no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11/09/90, em seu artigo 6º, incisos VI²⁶ e VII²⁷, também sendo considerado como uma categoria autônoma, distinta do dano material, Lei dos Desaparecidos Políticos – Lei 9.140/1995, e posteriormente, no Código Civil de 2002.

Preleciona Yussef Said Cahali:

O instituto atinge agora a sua maturidade e afirma a sua relevância, esmaecida de vez a relutância daqueles juizes e doutrinadores então vinculados ao equivocado preconceito de não ser possível compensar a dor moral com dinheiro²⁸.

1.2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado na atual Carta Constitucional é tido como um fundamento regente da República Federativa do Brasil, constituindo a essência do sistema jurídico brasileiro, auxiliando na interpretação de outros princípios e regras jurídicas, bem como servindo de meio de integração das lacunas verificadas no direito positivado²⁹.

Segundo Héctor Valverde,

A dignidade é um valor interno e absoluto que não admite substituição por outro valor equivalente. Não há preço para a dignidade. Trata-se de um atributo inerente ao ser humano, superior a todos os outros e que se confunde com a natureza do ser racional, que existe como um fim e não apenas como um meio. [...] Cuida-se a dignidade humana de princípio constitucional absoluto, associado à ideia de que o ser humano tem primazia sobre todos os outros aspectos regulados pelo direito.³⁰

²⁶ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

²⁷ “VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.”

²⁸ *Dano Moral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 59.

²⁹ Para Héctor Valverde Santana, in *Dano Moral no Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29, “Cuida-se de noção originária que confere sustentação e legitimidade aos demais princípios e regras jurídicas”.

³⁰ *Idem*, p. 33.

1.2.2.2 Os direitos da personalidade

Segundo Maria Helena Diniz: “Os direitos da personalidade são os baluartes da dignidade humana que se protegem mediante sanções ao alcance do ofendido ou daquele que indevidamente foi lesado em seu direito”.³¹

Carlos Alberto Bittar³² denomina: “são direitos de personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana, tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade. São previstos no ordenamento jurídico para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, etc.”.³³

Ainda, “os direitos da personalidade são direitos subjetivos inatos do ser humano e decorrentes da concepção naturalista que não os limita aos direitos positivados”.³⁴

Segundo Héctor Valverde, o objeto dos direitos da personalidade são as manifestações interiores do ser humano, os atributos físicos e morais, bem como as projeções pessoais no meio social, aspecto externo ou extrínseco.³⁵

Tratado de forma genérica nos arts. 11 ao 21 do NCC/2002, a categoria dos direitos de personalidade é recente, fruto da doutrina francesa e tedesca de meados do século XIX. São direitos atinentes à tutela da pessoa humana, essenciais à sua dignidade.

Na concepção atual, os direitos de personalidade passam a integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo, sua dignidade, contra a ganância e o poderio dos

³¹ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 2, 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

³² Em sua obra “Responsabilidade Civil por Danos Morais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134, apresenta, ainda, classificação dos direitos de personalidade, considerando a natureza dos bens jurídicos envolvidos: a) Direitos físicos, como a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo, o físico, a imagem, a voz, o cadáver, a locomoção; b) Direitos psíquicos, como: as liberdades (de expressão, de culto, ou de credo, etc.); a higidez psíquica, a intimidade, os segredos (pessoais e profissionais); c) Direitos morais, como: o nome (e outros elementos de identificação), a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal, o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro, as lembranças de família e outros.

³³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*.

³⁵ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 43.

mais fortes. Ao lado desse prisma privatístico, continua a subsistir o público, em socorro do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

Tendo em vista essas duas esferas, a pública e a privada, os direitos de personalidade pertencem a ambas. Na esfera privada, fala-se em direitos de personalidade, e na esfera pública, em direitos humanos e em direitos fundamentais, apesar de esses dois últimos grupos terem maior amplitude, englobando também as garantias políticas.³⁶

Sobre os direitos de personalidade, Carlos Fiuza:

A personalidade é composta por atributos, tais como a vida, a honra, o nome, a capacidade, o estado, o corpo físico, a psique, a dignidade etc. Atributos são elementos componentes, em outras palavras, o material que é composto um objeto. A pessoa humana é composta de todo esse material, ou seja, de todos esses atributos. O que se chama de direitos de personalidade são, na verdade, direitos decorrentes desses atributos, visando à proteção e à promoção da pessoa humana e de sua dignidade. Essa visão moderna de que a honra, o nome, a vida etc. integram a pessoa é fundamental para a positivação da proteção e da promoção do ser humano e para a compreensão e a garantia da igualdade, pelo menos em termos formais³⁷.

Por suas características, os direitos de personalidade são inatos, genéricos, extrapatrimoniais, absolutos, inalienáveis ou indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, intransmissíveis ou vitalícios, impenhoráveis, necessários, essenciais e preeminentes³⁸.

³⁶ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 10 ed. Belo Horizonte, Del Rey: 2007, p. 347

³⁷ Idem, p. 351

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. Inatos: uma vez que acompanham o ser humano desde o momento de seu nascimento, independentemente do reconhecimento expresso pelo direito positivo. Genéricos: por serem concedidos a todos. Extrapatrimoniais: por não terem natureza econômico-patrimonial. Absolutos: por serem exigíveis (o respeito à) de toda a coletividade. Inalienáveis ou indisponíveis: por não poderem ser transferidos a terceiros (salvo nos casos de direitos autorais e direitos à imagem por meio de contratos de concessão). Irrenunciáveis: uma vez que a eles não se pode renunciar o direito de liberdade, por ex. Imprescritíveis: por não haver prazo para seu exercício, tampouco as ações que o protegem. Intransmissíveis: por não se transmitirem hereditariamente, apesar de alguns manterem-se mesmo após a morte. Necessários: uma vez que todos os detém necessariamente, por força de lei. Essenciais, porque inerentes ao ser humano, e preeminentes porque se sobrepujam a todos os demais direitos subjetivos.

No Brasil, a sede principal dos direitos de personalidade é a própria Constituição. É ela que prevê de forma, pode-se dizer, implícita a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, ao eleger, como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente.

De acordo com essa cláusula, os direitos da personalidade não se resumiriam, então, aos casos previstos na Constituição ou na legislação ordinária, estendendo seus domínios a todas as situações envolvendo violações à pessoa humana, ainda que não previstas taxativamente.

Pode-se, assim, definir o dano moral como qualquer lesão à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Maria Cecília Bodin de Moraes:

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade humana).³⁹

1.2.3 Os danos morais com o advento do novo Código Civil de 2002

Superada agora a questão de seu cabimento, salvo as diferenças conceituais apresentadas por inúmeros doutrinadores, o espectro conceitual dos danos morais reside na ofensa à cláusula geral de tutela da pessoa humana⁴⁰ e na violação de seus direitos de personalidade, previstos na Constituição. Assim sendo, toda lesão não patrimonial que venha a sofrer o indivíduo e o que ofenda em seus direitos da personalidade, e que acarrete um efetivo dano, fugindo da normalidade, é, em tese, passível de reparação.

³⁹ *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132/133.

⁴⁰ Surge, então, com o advento do novo Código Civil, uma terceira corrente, mais moderna, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Segundo Wesley de Oliveira Louzada (in *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*, p. 77), se não reconhece um direito subjetivo à dignidade humana, reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como o ápice do ordenamento jurídico proposto pelo legislador constituinte, devendo todas as manifestações contrárias a tal princípio serem repelidas, situando-se, aí, a indenização do dano moral, não como um fim em si mesmo, mas como um meio de proteção à dignidade humana.

No momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, etc.

Coube à doutrina e jurisprudências a tarefa de ampliar a interpretação e normatização dos danos morais, até que a lacuna quanto ao seu modo de ressarcibilidade e aplicação fosse solucionada pelo posterior Código Civil de 2002, pois ainda com a positivação do instituto na CF/1988, o dispositivo continuava a ser interpretado de forma restrita.

O basilar da evolução dos danos morais neste período de transição entre sua positivação na atual Carta Constitucional de 1988 e o Novo Código Civil de 2002, é que, como em determinadas situações não é possível estabelecer o *status quo ante* – escopo fundamental na responsabilidade civil por danos materiais⁴¹, já que a sanção do dano moral não tem caráter de equivalência, de restabelecimento à situação anterior ao delito –, tornava-se necessária a reparação de modo alternativo, ou seja, fixando uma indenização com efeito dúplice, na forma de compensação à vítima – tem função de amenizar a lesão da vítima, e punição ao agente ofensor – castigar o autor do ato ilícito de forma a impedi-lo que pratique uma nova conduta ilícita.

Pode-se dizer que a indenização por dano moral não tem como finalidade apenas compensar a vítima pelo prejuízo sofrido, como ocorre nos danos materiais, cuja tônica seria a equivalência. Seria, antes de tudo, uma punição ao agente ofensor, que não pode ultrapassar limites além de sua subsistência, e que sirva como exemplo para que tal ato não seja mais praticado.

Na seara do dano moral o retorno ao *status quo ante* mostra-se mais delicado, senão impossível, pela dificuldade intrínseca em apagar os efeitos

⁴¹ Segundo Luiz Roldão de Freitas Gomes, em sua obra “*Elementos da Responsabilidade Civil*”, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, “sabe-se da função eminentemente de ressarcimento da responsabilidade civil, que visa, tanto quanto possível, o restabelecimento do *status quo ante* pela recomposição do patrimônio lesado, o que não se afigura difícil nos danos patrimoniais. No que se trata de danos morais, a matéria, todavia, ganha grande relevo, pois, não se pode deixar de reconhecer, não visa a indenização recompor sentimentos, insuscetíveis, por sua natureza, deste resultado por efeito só dela, nem se prestando a compensar lesão a bens ofendidos. Busca propiciar ao lesado meios para aliviar sua mágoa e sentimentos agravados, servindo, por outro lado, de inflicção de pena ao infrator”.

extrapatrimoniais da lesão de direito, mas busca-se, sempre que possível, um meio de atenuar parcialmente a lesão jurídica experimentada em consequência do ato ilícito. Héctor Valverde aduz,

Quanto ao argumento de que se constitui imoralidade a reparação pecuniária da vida alheia, objeta-se que não existe pretensão de venda de um bem moral, mas que o mesmo merece ser respeitado como todos os outros. [...] O dinheiro não tem a função específica de reparação material, mas também serve como meio de satisfação espiritual e atenuação da dor. A imoralidade estaria na impossibilidade de deixar sem reparação a lesão aos direitos da personalidade⁴².

Embora talvez frustrado o ideal da responsabilidade civil de retorno ao *status quo ante*, por imperativo de justiça, tomando-se em consideração o princípio geral de não lesar, conclui-se que a vítima não deve restar desamparada, para não ter a sua situação mais agravada, e portanto há que haver a reparação.

A lei Civil de 2002, em seu artigo 944⁴³ impõe que a indenização tenha como critério de seu aferimento a extensão do dano, o que não era prescrito no Código Civil de 1916, caracterizando sua natureza jurídica com caráter de ressarcimento. Todavia, ressalta Caio Mário⁴⁴, que também é fundamental o caráter punitivo:

(...) na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium dolores*; porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material.

Como se pode observar, não há que se falar em Responsabilidade Civil, seja ela objetiva – sem o pressuposto da culpa, ou subjetiva – há a necessidade de se provar a culpa do agente ofensor, contratual – decorrente de contrato ou extracontratual – decorrente da lei, sem falar de dano. O dano, agora, toma

⁴² SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 138.

⁴³ “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

⁴⁴ Apud BUARQUE, Sidney Hartung. *Da Demanda por Dano Moral na Inexecução das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 84.

definitivamente outra dimensão. Dano é lesão ao interesse jurídico tutelado, sendo ele patrimonial ou não. Deve ser efetivo, pois a indenização mede-se pela extensão do dano, certo, pois não se indeniza dano hipotético, remoto, futuro, atendendo ao juízo de probabilidade, e determinante, pois não é apenas constitutivo do dever de indenizar, mas determinante do dever de indenizar.

Hoje, tem-se que o dano não interessa somente ao indivíduo lesado, mas sim a toda a coletividade, pois envolve uma questão de desequilíbrio social. O art. 186 do CC/2002 conceitua que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar *dano* a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A combinação dos critérios de compensação e punição oferece meios sólidos para se obter o justo ressarcimento pelo dano causado, visando à satisfação da vítima e, concomitantemente, à responsabilidade ao autor da lesão, como meio coercitivo para que não adote novamente o comportamento ofensivo que pode vir a se estender aos demais indivíduos, ou até a atingir novamente o próprio lesado.

A jurisprudência e doutrinas pátrias vêm fixando critérios e parâmetros de quantificação do dano moral, entre outros: relacionando-se punição ao infrator e compensação ao ofendido, via de regra, como duas faces de uma mesma moeda, a integrar a natureza da reparação do dano moral; se ilícita a conduta causadora do dano, ganha lugar a punição; de maneira que quanto maior o grau de culpa, ou mais forte a intensidade do dolo, maior deverá ser a sanção correspondente.

Busca-se sempre reparar o dano, minimizando a dor sofrida pela vítima e punindo o ofensor, para que não volte a rescindir; com base nos princípios da moderação e da razoabilidade na fixação do *quantum*, de modo que a condenação não seja absurda, nem tampouco excessiva; busca-se, sempre que possível, critérios como de equidade e igualdade, tentando restabelecer o equilíbrio social.

Leva-se em conta o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, pois não pode haver o aviltamento do direito subjetivo violado: não se pode fixar a

indenização em valor ínfimo, pois estaria a aumentar a humilhação da vítima, e nem minimizar a sanção, de modo que nada represente para o agente ofensor.

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Segunda Turma, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1259457/RJ, relatado pelo Min. Humberto Martins, teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que o valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva.⁴⁵

A título de exemplo da variação de critérios adotados pela doutrina, Clayton Reis registra como critérios específicos a repercussão do ilícito no meio social, a intensidade da angústia experimentada pela vítima, onde se analisa os valores culturais, sociais e espirituais, e a situação patrimonial do ofensor e da vítima;⁴⁶ Antônio Jeová Santos menciona o grau de reprobabilidade da conduta ilícita, a intensidade da duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições pessoais do ofendido;⁴⁷ Maria Celina Bodin de Moraes indica a extensão do prejuízo, o grau de culpa e a situação econômico-financeira do ofensor e da vítima;⁴⁸ Sergio Cavalieri Filho aduz a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, dentre outras circunstâncias do caso concreto.⁴⁹

Prioriza-se, principalmente – como toda norma do ordenamento, que deve ser interpretada conforme os princípios e fundamentos elencados na CF/88 –, os valores não patrimoniais, de maneira a garantir que os ditames da Carta Magna atinentes à dignidade da pessoa humana sejam enaltecidos, indicando que toda reparação deve ter em conta esses princípios.

⁴⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no Ag 1259457/RJ, 2ª Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 27/04/2010, rel. Min. Humberto Martins.

⁴⁶ *Avaliação do Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 74.

⁴⁷ *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 186.

⁴⁸ *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, p. 275.

⁴⁹ *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 139

Conclui Sérgio Cavalieri Filho:

(...) a idéia de compensação – substituir a tristeza pela alegria – serve de fundamento à reparação do dano moral apenas em relação às vítimas de classe humilde, para as quais, um aparelho de televisão, uma viagem, podem atuar como motivo de alegria. Mas, se esse fosse o único fundamento da reparação do dano moral, a vítima rica, de muitas posses, jamais seria indenizada. Por isso, entende que a reparação pelo dano moral tem também natureza de pena privada. É a justa punição contra aquele que atenta contra a honra, o nome, ou imagem de outrem, pena, esta, que deve reverter em favor da vítima⁵⁰

Sob pena de industrializar-se o dano moral, produzindo-se demandas em série, há que se apreciar com moderação e razoabilidade as hipóteses que efetivamente o caracterizam, aquelas que realmente importem em violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana consagrada no texto constitucional, evitando a banalização do instituto.

Nota-se que ainda subsiste uma indefinição por parte da doutrina e jurisprudência quanto à exata definição do que caracteriza efetivamente ou não o dano moral, o que somente acarreta prejuízos na prestação jurisdicional.

Há, no entanto, a finalidade de reconhecermos que o dano moral poderá surgir como conseqüência de qualquer espécie de responsabilidade civil, importando, para tal reconhecimento, que tenha havido lesão à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Existe, todavia, uma discussão sobre a possibilidade do descumprimento contratual gerar dano moral.

1.3 Dano moral e sua reparabilidade

Faz-se agora a necessidade de caracterização do dano moral, no que tange aos pressupostos necessários à sua reparabilidade. Ainda incontroverso na evolução doutrinária e jurisprudencial, é reparar o dano exclusivamente moral com o pagamento de pecúnia. Diante disso, necessária é a análise da finalidade da devida indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes da violação aos direitos constitucionalmente garantidos da personalidade.

⁵⁰ Idem.

Segundo Héctor Valverde, a compreensão do assunto solicita o esclarecimento dos termos *indenização*, *ressarcimento* e *reparação*.⁵¹ Haja vista as diferenças conceituais e de origem do dano material e dano moral, no que tange ao retorno à situação anterior ao dano, a *indenização* objetiva a reposição ou *ressarcimento* em espécie ou seu correspondente em dinheiro, eliminando a diminuição patrimonial experimentada, ou seja, a restituição do seu estado anterior antes da ocorrência do ato ilícito danoso, no decorrente ao dano material.

No dano moral, ocorre situação diversa, pois, como se observou, a indenização não visa ressarcir com dinheiro, os danos de ordem moral, já que não há possibilidade de estabelecer uma exata equivalência entre tais grandezas – o prejuízo experimentado pela vítima e o importe devido pelo ofensor, mas sim *reparar* a violação ou a privação de um direito constitucionalmente protegido, com vistas a manter a tutela também aos direitos imateriais e assim não prejudicar a devida indenização, como função compensatória da insatisfação sofrida pela vítima, punitiva ao agente causador do dano, considerando o grau de culpa e sua condição econômica, e preventiva como desestímulo a todos os integrantes da coletividade, no sentido de que o sistema jurídico não compactua com lesão aos bens imateriais da pessoa humana.

O direito brasileiro, porém, não define um montante que corresponda separadamente à cada função reparatória do dano moral. Essas funções surgem como critérios de fixação de valor, mas são calculadas em um valor global, que atende simultaneamente à todas as finalidades indenização.

1.3.1 Prova do dano moral

Certo de que a responsabilização por dano extrapatrimonial se traduz na violação dos seus direitos de personalidade e dos valores atinentes aos sentimentos de uma pessoa, no tocante ao princípio da dignidade humana, que é um direito protegido pela constituição, diferentemente do dano material – que carece de efetiva comprovação de sua ocorrência e de sua quantificação – o dano moral dispensa a prova da ocorrência do constrangimento decorrente do fato, pois se passa no interior da personalidade humana, bastando apenas a comprovação do liame entre o fato danoso

⁵¹ *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 187.

verificado e a lesão por ele produzida. Trata-se de presunção absoluta, como leciona Sérgio Cavalieri Filho⁵²:

(...) o dano moral existe *in re ipsa*⁵³; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*⁵⁴ está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Tal assertiva, também já foi mencionada pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 23575/DF, relatado pelo Min. César Asfor Rocha, que aduz que a concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo.⁵⁵

O fato que atinge a personalidade do indivíduo é, portanto, o atributo para a configuração dos danos morais. Existindo o dano no próprio fato violador, impõe-se, por consequência, uma reação; a resposta que vai se efetuar na sua reparação. Surge, portanto, *ex facto*, ao atingir a esfera do lesado. Aqui, basta a causa, e a demonstração no campo processual do fato gerador da lesão aos direitos da personalidade, em que é presumida a existência de uma alteração anímica e, consequentemente, o dano moral.

Os atributos da personalidade, como o bom nome da pessoa, sua imagem, quando alvo da conduta culposa, ensejam direito à reparação por dano moral. A exceção a essa regra, seria no caso de inadimplemento contratual, como será tratado mais adiante, em que, segundo Carlos Roberto Gonçalves⁵⁶, “se faz mister a perturbação anímica do lesado”.

Segundo Héctor Valverde,

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93.

⁵³ “de que a coisa fala por si mesmo” – significa que o dano moral não precisa de prova para se materializar.

⁵⁴ “pelo próprio fato”

⁵⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp n. 23.575/DF, DJU 01/09/97, rel. Min. César Asfor Rocha.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 84.

A prova do dano moral realiza-se por meio de presunção, de forma indireta, mediante atividade intelectual do julgador, e não mediante averiguação direta do fato probando (*thema probandum*). Assim, a análise da presunção mostra-se imprescindível para o conhecimento deste específico campo da Ciência Jurídica.⁵⁷

Muitas vezes os danos morais se presumem, bastando ao autor da demanda a mera alegação do fato. Daí pode-se verificar que em matéria probatória, os danos morais não necessitam de sua efetiva comprovação, desde que o evento se apresente com todos os contornos para sua ocorrência. O fato que atinge a personalidade do indivíduo é, portanto, o atributo para configuração dos danos morais.

1.4 Dano moral na visão do STJ

Durante muitos anos o Judiciário brasileiro retardou o acesso de vítimas à reparação por danos morais, pois considerava impossível quantificar financeiramente uma dor emocional ou um aborrecimento. A Constituição de 1988 veio a consagrar o entendimento no tocante à reparabilidade pelas ofensas à dignidade humana e garantiu o direito à indenização por dano moral. Desde então, tendencioso é o objetivo de chegar a um padrão no arbitramento das indenizações. O STJ é a última instância nesses casos e, ainda que não haja uniformidade entre os órgãos julgadores, está em busca de parâmetros para readequar as indenizações.

O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ sob a ótica de atender uma dupla função, conforme pensamento da doutrina já mencionada: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida. Como é vedado ao Tribunal reapreciar fatos e provas e interpretar cláusulas contratuais, de acordo com a edição da Súmula 7⁵⁸, o STJ apenas altera os valores de indenizações fixados nas instâncias locais quando se trata de quantia irrisória ou exagerada.

A dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento se reflete na quantidade de processos que chegam ao STJ para debater o tema. Em 2008, foram 11.369 processos que, de alguma forma, debatiam dano

⁵⁷ *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 248.

⁵⁸ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

moral. O número é crescente desde a década de 1990 e, nos últimos 10 anos, somou 67 mil processos só no Tribunal Superior⁵⁹.

Quando analisa o pedido de dano moral, o juiz tem liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização dentro dos parâmetros pretendidos pelas partes, já que deve analisar cada situação de acordo com o caso concreto. De acordo com o ministro Salomão:

Não há um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral. Depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador. A indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação a vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa⁶⁰.

O dano moral, tema intensamente debatido no Tribunal, já teve várias súmulas publicadas para regulá-lo, como a 326, que define os honorários de sucumbência em indenizações concedidas em valores inferiores ao pleiteado. Outra súmula importante, aliada ao Código Civil de 2002 e aos incisos V e X da Constituição, é a 227, que definiu que a pessoa jurídica também pode sofrer danos morais, e também a súmula 37, importante para garantir os direitos da população, que define que a indenização por dano moral pode ser cumulada com a de danos materiais.

⁵⁹ Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>, Acesso em 03/11/2009.

⁶⁰ Ibidem.

2 OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Obrigação, no sentido da palavra, se caracteriza diante do fato de determinada pessoa se encontrar obrigada a realizar certa conduta no interesse da outra, denominada prestação. Somente assim é que se pode saber o que se poderá ser exigido. O conteúdo da prestação é justamente aquilo que o devedor tem de cumprir em favor do credor, que, por sua vez, tem o direito de exigir a satisfação dessa prestação.⁶¹

Responsabilidade, por sua vez, é o corolário do inadimplemento de uma obrigação pelo devedor, em desfavor do credor. Portanto, aquele que fere o direito de outrem deve reparar o prejuízo causado. O devedor que descumpre suas obrigações submete-se à apreensão de seus bens passíveis de penhora, respondendo, assim, com seu patrimônio pelo pagamento de suas dívidas, o que se denomina imputação civil por danos.⁶²

Antes da análise da responsabilidade advinda das obrigações, é mister o estudo de suas fontes, o que significa dizer quais são os fatos que constituem e dão origem às obrigações.

Apenas para efeitos didáticos, assim como especificado no CC/2002, as fontes das obrigações seriam as seguintes: negócios jurídicos bilaterais (contratos); atos jurídicos unilaterais (promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido, título ao portador e enriquecimento sem causa); atos ilícitos; e a lei.

2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Entre os diversos aspectos que a Responsabilidade Civil pode ser subdividida, foca-se naquela que a disciplina conforme a origem do direito, ou dever jurídico violado, e a classifica em contratual e extracontratual ou *aquiliana*.

⁶¹ Donnini, p. 3.

⁶² Apud Donnini. Rosa Maria de Andrade Ney, **noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 121.

A responsabilidade contratual é a decorrente da violação de um dever jurídico voluntariamente assumido entre as partes, ou seja, do descumprimento de uma obrigação estabelecida contratualmente, em que um dos contratantes causa dano ao outro. Já a responsabilidade extracontratual decorre da violação de um dever jurídico genérico, estabelecido em lei, na prática de um ato ilícito, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica anterior.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) essa distinção também se verifica, porém de forma não tão evidente, na separação entre a responsabilidade por fato do produto e do serviço (art. 12⁶³), que permite ampla reparação ao lesado, da responsabilidade por vício, cuja reparação fica limitada às hipóteses contidas nos incisos I, II e III do §1º do art. 18⁶⁴.

No Código Civil, a responsabilidade contratual é tratada no art. 389⁶⁵, enquanto que a extracontratual está disposta nos arts. 186⁶⁶ e 927⁶⁷, do mesmo diploma legal.

Em uma relação obrigacional, o que se espera do devedor é o exato cumprimento da obrigação, ou seja, o preciso adimplemento da prestação assumida. Contudo, como nem sempre isso acontece, por vezes se deparar o credor com o descumprimento da prestação pelo devedor ou ainda a inexecução, o cumprimento

⁶³ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independente de existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

⁶⁴ “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que o tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. §1º. Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço”.

⁶⁵ “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

⁶⁶ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁶⁷ “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

inadequado ou impróprio dessa prestação, resulta o dever de indenizar pelos danos causados.

Na responsabilidade contratual é fundamental que o devedor deixe de cumprir com sua obrigação e de realizar a prestação assumida, resultando na violação de um direito do credor. Além disso, também fundamental para que se apure essa responsabilidade, é que o devedor tenha agido com culpa ao descumprir sua obrigação. É, ainda, indispensável, a existência de efetivo prejuízo para o credor, diante do descumprimento da obrigação. Por fim, e como também ocorre na responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual, é necessário que haja um nexo de causalidade entre a atitude do devedor, ou seja, o não cumprimento da obrigação, e a constatação de danos suportados pelo credor.

Tanto nos casos de responsabilidade contratual como nos de responsabilidade extracontratual a idéia central é a de não ofender ninguém, não prejudicar, não causar dano, não lesar, *neminem laedere*⁶⁸. Em sendo assim, essa divisão em duas espécies de responsabilidade civil (contratual e extracontratual) não teria, para alguns doutrinadores, como José de Aguiar Dias⁶⁹, a menor razão de existir, haja vista que em ambas há a violação a uma norma e a reparação dos danos causados se impõe. Para outros, como Silvio Rodrigues⁷⁰, embora exista um mesmo resultado nessas duas formas de responsabilidade, a prova dessa infração a uma norma que gera o dever de indenizar é diferente nessas duas espécies.

Na responsabilidade extracontratual, à vítima é essencial a demonstração do prejuízo, a transgressão da norma e o nexo de causalidade para caracterização do dano, ao passo que na responsabilidade contratual há um contrato ou um ato unilateral em que se exige o comprometimento dos contratantes ou daquele que unilateralmente pratica o ato. Há, destarte, um dever de cumprir a obrigação, prevista contratualmente, o que torna mais simples a comprovação dos danos materiais dele decorrentes, e o dever de indenizar daquele que descumpriu o acordado.

⁶⁸ “A ninguém ofender”.

⁶⁹ *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 132.

⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

Portanto, na responsabilidade contratual, agindo o devedor com culpa ou mesmo dolo, a reparação do prejuízo abrangerá não apenas a prestação da dívida, mas também todos os danos que surgirem dessa inexecução. Isso significa que, além de o credor poder reclamar a indenização relativa à prestação não cumprida (dano emergente), pode ele obter indenização pelo que deixou de ganhar em razão desse incumprimento (lucros cessantes), e ainda ser reparado por danos extrapatrimoniais (danos morais e à imagem) nos termos dos incisos V e X do art. 5º da CF e do art. 186 do CC, assunto este que será tratado mais adiante.

Na responsabilidade extracontratual, também poderão ser abarcados todos os tipos de danos causados pelo agente ofensor à vítima da ofensa.

2.2 O contrato, sua concepção atual e seus efeitos

Contrato, segundo Ulpiano citado por Rizzardo⁷¹: “*Est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*”, ou seja, é o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto. É um ato jurídico bilateral, constituído pela vontade manifestada por meio da declaração, idoneidade do objeto e pela forma, quando da substância do ato.

Uma vez acordado o contrato, surge uma ponte entre os interesses volitivos dos seus interessados, criando-se a partir do qual um vínculo obrigacional. É a presença do instituto do *pacta sunt servanda* em que se revela a vinculatividade dos contratos pela vontade.

Da leitura do art. 389⁷² do Código Civil, depreende-se que o descumprimento da avença por qualquer uma das partes, ressalvados os casos permitidos em lei, sujeita o inadimplente à reparação das perdas e danos.

Havendo ruptura do acordado por qualquer uma das partes, há uma penalidade para quem quebrar a promessa. Diante deste desequilíbrio ou

⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6ª edição. São Paulo: 2006, p. 5.

⁷² Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

inadimplemento, ocasionando a frustração da obrigação, pode-se gerar uma indenização.

O contrato, em sua concepção atual, visa uma situação de equidade entre os contraentes. Não mais se permite que um contrato celebrado de forma contrária aos ideais de justiça seja convalidado. É onde se insere o princípio da função social do contrato, previsto expressamente no Código Civil, em seu art. 421⁷³.

Na visão de Rogério Ferraz Donnini,

Função social do contrato e justiça comutativa estão relacionados diretamente, pois se há concepção social, com o afastamento da relação centrada em bases individuais, existe sempre a ideia de comutatividade. Se, ainda, associarmos esses conceitos ao da boa-fé, constataremos que função social nada mais é do que uma relação entre os contratantes pautada na boa-fé objetiva, somada a uma característica básica que deve nortear qualquer pacto: o equilíbrio nas prestações.⁷⁴

Nas relações contratuais continua a existir o princípio da autonomia da vontade, indispensável para a existência de um contrato. Todavia, há limites impostos em lei a essa liberdade de contratar consistentes na função social do contrato e do princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422⁷⁵ do CC/2002, que inibe, de maneira irrefutável, qualquer prática que viole um relacionamento contratual, que deve ser justo e, *ipso facto*, equilibrado.⁷⁶

O contrato estabelece vínculo jurídico entre as partes, que obriga os contratantes daquilo que foi contratado. Os efeitos do contrato, em uma visão ampla, são a maneira pela qual as partes envolvidas numa relação contratual declaram e formalizam verdadeiras transferências de riquezas, em uma efetiva operação

⁷³ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁷⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Pós-Contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

⁷⁵ “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁷⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Pós-Contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 33.

contratual.⁷⁷ Nessa transferência de riquezas que ocorre entre os contratantes, é importante diferenciar os deveres principais e os deveres acessórios.

Segundo Rogério Ferraz Donnini⁷⁸, a obrigação estampada num contrato possui o que se chama de *complexidade intra-obrigacional*, consistente dos deveres principais e secundários previstos contratualmente, além dos deveres acessórios.

2.2.1. Deveres principais, secundários e acessórios

Deveres principais e acessórios não se confundem com obrigações principais e acessórias. A obrigação é considerada principal quando possui o que se denomina individualidade própria, quando independe de outras relações jurídicas. É, por outro lado, considerada acessória a obrigação que está subordinada, sujeita, dependente de outra relação jurídica, denominada principal.

Além dos deveres principais e secundários, inerentes à relação contratual, existem deveres de conduta que devem nortear a relação obrigacional e que tem como escopo complementá-la, classificados em deveres acessórios de informação, proteção e lealdade, que são decorrentes do princípio da boa-fé.

Os deveres acessórios, porém, são analisados a partir do cumprimento inadequado ou imperfeito da obrigação principal, visto que, mesmo em situações em que o devedor cumpre com sua parte na relação pactuada, ainda sim pode causar danos ao credor. Como exemplo no Código de Defesa do Consumidor, se o fornecedor de produtos entrega ao cliente certo bem, no prazo designado e em perfeitas condições, porém não cumpre com o dever de informar sobre o seu uso adequado e causa prejuízo ao consumidor, cumpre o dever principal, porém descumpre o dever acessório de informação.⁷⁹

⁷⁷ Idem, p. 38.

⁷⁸ Idem, p. 38.

⁷⁹ O inciso III do CDC estabelece que “São direitos básicos do consumidor: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. O art. 9º do mesmo Código prevê: “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em caso concreto”.

Ainda na visão de Rogério Ferraz Donnini, os deveres acessórios são denominados também como *deveres de preparação e segurança, de lealdade e proteção*.⁸⁰

Os deveres acessórios de lealdade têm por finalidade evitar atitudes que desvirtuem o objetivo do negócio jurídico celebrado, e que tornem desequilibrada a prestação objeto do acordo pactuado entre as partes. Fundado também no princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, há que existir lealdade e confiança, correção e transparência, um verdadeiro dever ético entre as partes contratantes para que se atinja a justiça contratual.

É importante ressaltar que os deveres acessórios inerentes ao contrato têm por escopo evitar que uma das partes, utilizando-se de meios inadequados e impróprios, que vão contra os fundamentos da relação obrigacional, em sua forma justa e equilibrada, cumpra de forma inexata a prestação acertada, sem, contudo, violar os termos pactuados, mas causando, ainda sim prejuízo à outra parte.

Estes deveres são impostos a uma relação obrigacional com o fim de evitar que situações dessa natureza fiquem desamparadas pela simples ausência de um dispositivo legal específico ou de uma cláusula no contrato que preveja expressamente certo comportamento abusivo. Tais deveres, inerentes ao negócio jurídico firmado, deverão ser reparados em caso de seu descumprimento que gere prejuízos à outra parte, gerando a obrigação de indenizar, com o fundamento na violação da cláusula geral de boa-fé.

2.3 A boa-fé objetiva no direito contratual

O princípio da boa-fé objetiva, mesmo não sendo previsto como regra geral no Código Civil de 1916 e sendo regulado efetivamente somente com o advento da Constituição Federal de 1988, faz parte da teoria clássica dos contratos, em seus princípios fundamentais, juntamente com os princípios da autonomia da vontade, do

⁸⁰ Donnini, p. 42.

consensualismo⁸¹, da força obrigatória dos pactos, também conhecido como princípio da intangibilidade contratual, além do princípio da relatividade dos efeitos contratos.⁸²

É inegável que a boa-fé objetiva, denominada cláusula geral, prevista expressamente no CC/2002 (art. 422) representa a base da responsabilidade pós-contratual. Contudo, é mister ampliar esse fundamento com outros preceitos constitucionais, que norteiam qualquer relação jurídica e seus efeitos.

A cláusula geral de boa-fé objetiva do novo Código Civil (art. 422), assim como também no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III), impõe um comportamento ético, honesto correto, equilibrado, segundo a moral, seja nas relações contratuais, seja em qualquer outra relação jurídica. Destarte, como afirma Rogério Ferraz Donnini:

As cláusulas gerais têm o importante papel de tornar o sistema jurídico atualizado, para que possa responder eficazmente aos reclamos da sociedade. [...] O que se pretende é cada vez mais aproximar o direito da moral, uma vez que aquele separado desta perde a razão de ser. Com isso, o que se procura é justamente evitar que o direito, mesmo dissociado da moral, continue a ter império, validade e eficácia.⁸³

Cláudia Lima Marques menciona que,

Infere-se, portanto, que na boa-fé objetiva é indispensável que as partes se respeitem e exista cooperação. E mais. É mister que haja um pensamento recíproco e consequentemente uma atitude para que seja facilitado o cumprimento da prestação, considerando os legítimos interesses das partes, seus direitos e expectativas, dentro de um critério de razoabilidade, com lealdade, sem lesão ou desvantagem acentuada ou excessiva, sem, enfim, qualquer abuso, para que ocorra o efetivo adimplemento da obrigação assumida.

Há quem admita que o princípio da boa-fé está preconizado na CF/88, diante de princípios constitucionais, e em especial o da dignidade humana. Em uma

⁸¹ Aquele pelo qual o acordo de vontades manifestado pelos contraentes é suficiente à perfeição do contrato.

⁸² Efeitos da convenção vinculando apenas os contratantes.

⁸³ Donnini, p. 113.

relação jurídica, se for violada a dignidade humana, estar-se-á diante de uma infração a um princípio constitucional fundamental. O princípio da boa-fé integra os princípios gerais de direito e norteia qualquer relação jurídica.

A partir de situações em que, mesmo após o cumprimento da obrigação, nos exatos termos do contrato, continuavam a existir para as partes certos deveres laterais, acessórios ou anexos, que deveriam persistir mesmo posteriormente à extinção da relação jurídica. Esses deveres, não estão insertos expressamente em um contrato ou em um ato jurídico unilateral, mas são decorrentes do princípio da boa-fé.

Dessa forma, a partir da ideia de uma culpa após o término do contrato, desenvolveu-se a noção de responsabilidade pós-contratual, visto que a responsabilidade pré-contratual já existia, por construção doutrinária e, posteriormente, jurisprudencial.

Mesmo nas decisões em que a teoria foi recepcionada, não houve uma fundamentação precisa. Na realidade, a responsabilidade pré-contratual foi positivada no art. 422 do CC, porém não há uma regra específica atinente à responsabilidade pós-contratual, mas apenas uma regra geral, que impõe nas relações jurídicas um comportamento segundo a boa-fé objetiva.

Daniel Ustárroz pontifica que,

Por ser uma cláusula geral, possibilita a solução do caso segundo condições excepcionais (metajurídicas), além dos princípios gerais, dentro do sistema jurídico. A boa-fé autoriza a busca, assim, de elementos externos não positivados ou ainda previstos expressamente no ordenamento jurídico, mas em outro sentido. [...] A noção de sistema aberto é primacial para a compreensão da cláusula de boa-fé. As decisões arbitrárias devem ser controladas, sendo imprescindível a devida fundamentação quando da aplicação dessa cláusula geral. A cláusula geral de boa-fé cria os denominados deveres anexos e estabelece limites ao exercício do direito.⁸⁴

⁸⁴ USTÁRROZ, Daniel. *A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 99.

O art. 421⁸⁵ do CC/2002 também serve de apoio à aplicação da teoria da *culpa post pactum finitum*, ao estabelecer a concepção social do contrato, o que vale dizer que se os contratantes devem observar a função social do contrato, considerada essa como uma limitação ao princípio da autonomia privada, que busca uma conduta ética, dentro da mais exata noção de comutatividade e boa-fé, essa atitude tanto deve estar presente na formação do contrato, como em seu momento posterior.

Para o estudo do tema responsabilidade pós-contratual é importante a análise da relação jurídica que gerou a obrigação, uma vez que a responsabilidade civil, em uma relação contratual, decorre do não-cumprimento espontâneo da obrigação, de seu cumprimento inadequado ou da violação dos chamados deveres acessórios ao contrato principal.

Portanto, em nossa lei civil, os deveres acessórios – deveres de informação, proteção e lealdade, amparados na cláusula geral de boa-fé (art. 422), se transgredidos no momento posterior à extinção do contrato, dão margem à responsabilidade pós-contratual.

2.3.1. *Função social do contrato*

A liberdade de contratar, na dicção do art. 421⁸⁶ do CC/2002, será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Trata-se também de uma norma implicitamente contida na Constituição Federal de 1988, como cláusula geral, e representa outro fundamento da responsabilidade pós-contratual. O contrato, nessa perspectiva, é funcionalizado, assim como a propriedade e outros tradicionais institutos civis, o que lhes altera, profundamente, a feição, fazendo com que sirvam, dialeticamente, à sociedade, e não apenas ao titular do direito.

A função social do contrato pode atuar como importante contraponto a impedir os efeitos porventura nefastos da autonomia da vontade, limitando a liberdade de contratar, e impondo um comportamento ético, proporcional aos contraentes, impedindo distorções à ideia de comutatividade, que deve imperar em toda relação contratual.

⁸⁵ “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁸⁶ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

As cláusulas contratuais são submetidas ao teste à inserção social, contextualizando-lhes o sentido, e daí resultando, à luz da ponderação de princípios constitucionais, sua adequação, ou não, à ordem jurídica brasileira.

A função social, portanto, propicia à relação existente entre as partes um procedimento justo, visto que as contratações desproporcionais, que acabam por lesar, prejudicar um dos contratantes em detrimento do outro, são vedadas. Assim, qualquer cláusula abusiva ou excessiva, não se coaduna com a concepção social do contrato. Exemplo disso pode ser visto no art. 51 do CDC, que também se aplica às relações entre particulares, regulada pelo novo CC.

2.3..2. *Dignidade da pessoa humana*

O princípio superior da Constituição Federal, ou seja, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ou cláusula geral da dignidade da pessoa humana, nada mais é do que o respeito à dignidade das pessoas, bem como sua proteção, que impõe também um comportamento correto, equânime, proporcional, ético, na realização de qualquer negócio jurídico.

Desse princípio resultam as cláusulas gerais de boa-fé objetiva, insertas no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, que demandam um comportamento ético entre os contratantes; atos, portanto, que não transgridam a boa-fé, a probidade e função social do contrato. Segundo Miguel Reale, “agir de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana é o mesmo de atuar embasado na ética⁸⁷”.

Resultam também os princípios da solidariedade, em que se busca o comportamento solidário entre as partes (art. 3º, I da CF), em uma atitude compatível com a concepção social, e da igualdade, no sentido de justiça social, como verdadeiros mecanismos de efetiva proteção da dignidade humana.

2.4 Responsabilidade contratual: concepção moderna

⁸⁷ Apud DONNINI, p. 116.

A chamada responsabilidade civil contratual é um tema central no direito civil contemporâneo. Disciplinada no Código Civil de 2002 nos artigos 389 a 393, à mercê de sua importância, sobre ela afluem diversas noções que os recentes estudos têm desenvolvido: relativização da autonomia privada, incidência direta da Constituição nas relações civis, eficácia normativa da boa-fé objetiva, ponderação de princípios, entre outras.

Com múltiplas possibilidades de abordagem acerca do tema, é de extrema importância ressaltar as mudanças pelas quais vem passando o direito civil e sua metodologia, e tentar compreender em que medida a teoria dos contratos pode ser atingida, em especial no que tange à responsabilidade civil contratual.

Busca-se, aqui, relatar sobre o novo aspecto que a responsabilidade contratual vem assumindo no sistema das relações privadas, e sua proximidade com o instituto da responsabilidade civil extracontratual. É imperioso, portanto, se levar em conta o quão complexas são as atuais relações sociais, que se colocam em patamar diferenciado àquelas historicamente consagradas.⁸⁸

Exemplo dessa complexidade é a “contratualização da lei”, contraposta à crescente objetivização dos contratos. Nesse sentido, é crescente a perda de qualidade dos contratos entre particulares, que se tornam cada vez mais, menos contratuais e despersonalizados, e não resultantes da declaração de vontade entre ambas as partes.

2.5 Unificação das responsabilidades

Há uma corrente moderna de autores que sustenta a unificação das responsabilidades delitual e contratual. Tal teoria confronta-se com a atual teoria da responsabilidade bipartida.

⁸⁸ NETTO, Felipe Peixoto Braga. *A Responsabilidade Civil e a Hermenêutica Contemporânea: uma nova teoria contratual?*. Disponível em < <http://www.domtotal.com/direito/uploads/232.pdf>>. Acesso em 03/02/2010.

Na verdade, o ilícito civil é a transgressão de um dever jurídico, conforme ensinamentos de Sergio Cavalieri⁸⁹, tanto na responsabilidade aquiliana como na contratual. E, ainda, acresce em seu entendimento que a culpa importa sempre a violação desse dever jurídico por falta de cautela. É erro de comportamento a conduta mal-dirigida a um fim lícito.

Não se altera a essência da culpa se o dever jurídico violado tem por fonte um contrato, uma lei ou o *neminem laedere*⁹⁰. Pode-se perceber que em um acidente de ônibus, restando feridos passageiros e transeuntes, haverá responsabilidade contratual e também delitual.

Há uma percepção progressiva da perda de certeza e de previsibilidade na conclusão dos contratos. Não há mais elementos para se acreditar que não é possível se atribuir uma responsabilidade por dano moral quando a expectativa inata a um contrato não obtém êxito. Hoje, deve se atribuir, se não pelo bom-senso dos contratantes, mas pela abusividade destes, a concretização de um contrato pela via judicial.

Os princípios e fundamentos elencados na Constituição, devem ser sobremaneira levados em consideração para a atribuição de responsabilidade. A força normativa dos direitos fundamentais, que regem as relações civis, deve sempre ser exaltada, mesmo que assim rompam com a noção de responsabilidade civil oriunda de contrato ou de uma lei.

Os direitos fundamentais e de personalidade devem ser afirmados frente às diferenças de classificação e origem de sua responsabilidade. Sua proteção deve ser o manto de direção de todas as relações privadas. Os princípios e regras que espelham a orientação de proteção à tais direitos, como fundamento da República Federativa do Brasil, torna impossível seu aprisionamento, em *numerus clausus*, das possibilidades hermenêuticas deles decorrentes⁹¹.

Na visão de Felipe Peixoto Braga Netto,

⁸⁹ *Programa de responsabilidade civil*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

⁹⁰ Princípio que diz: “a ninguém ofender”.

⁹¹ *Idem*.

O direito civil não perde, está claro, sua capacidade de articulação interna; o que há é uma renovação qualitativa dessa articulação: ao invés de raciocínios *more geométrico*, rigorosamente matematizantes, ponderações abertas, suscetíveis a sugestões sociais. (...) Não que os critérios clássicos tenham perdido, de todo, sua importância. Apenas prevalecem os critérios funcionais, nos quais a análise se faz à luz de valores e princípios, e não de regras. (...) O que há, a rigor, é uma renovação axiológica no direito civil. Os estudos modernos convergem, auspiciosamente, no sentido de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana. A operacionalização, concreta e sensível, de tal consagração, será lenta, como soem ser as mudanças no direito.⁹²

Tal mudança de estrutura na maneira de se estudar o direito civil, em especial a responsabilidade contratual, não se trata de uma opção, mas da elaboração de um direito substantivo que atinja, na realidade da vida, os seus propósitos, pautado, sempre, na normativa constitucional.

Os contratos entre particulares, estabelecem, sempre que possível, deveres recíprocos, limitando as esferas jurídicas dos contratantes. As ações e omissões, possíveis e vedadas, ganham nova dimensão com os contratos, surgindo direitos e deveres, pretensões e obrigações, que não existiam em leis.

Essa possibilidade de escolha, que o direito tradicionalmente assegurou às pessoas, ficou conhecida por autonomia da vontade. Esse espaço de auto-determinação da vontade variou, naturalmente, ao sabor das condições históricas, mas é sensível, há algumas décadas, um movimento de crescente restrição à possibilidade de se impor, livremente, regras, com pouca ou nenhuma intervenção estatal⁹³.

Atualmente, a discussão que se impõe, é sobre os limites desse espaço deixado à autonomia da vontade. Indaga-se, principalmente, se essa imposição alterou a forma de intervir nas relações negociais. O que se percebe é que, pelos abusos a que deu

⁹² Ibidem.

⁹³ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 199/215, p. 211.

causa, pela hipótese a que os séculos passados a conduziram, a importância da autonomia da vontade, na dogmática contemporânea, foi redimensionada⁹⁴.

Cabe ponderar que o declínio da autonomia privada não é absoluto. A vontade continua a ocupar lugar de destaque na ordem jurídica privada. A questão apenas evidencia o interesse do direito pela proteção de certos interesses para além do aspecto volitivo.

Para Felipe Peixoto Braga Neto,

A relativização o princípio tem evidentes contatos com a responsabilidade contratual. Afinal, tem-se aqui, um campo propício para abusos e subterfúgios de toda ordem. O desafio é encontrar um ponto ótimo, uma posição que equilibre, sem esvaziar, tanto a autonomia como a necessidade objetiva de equivalência material. (...) O contrato, nessa nova visão, passa a ser operacionalmente permeável à incidência de valores éticos, culturais e sociais, ensejando, assim, uma saudável dialeticidade entre os conteúdos contratuais e os valores sociais.⁹⁵

A relevância jurídica de todos os atos praticados pelos contratantes, passa a depender, cada vez menos, da previsão, escrita e formal, em leis, contratos e normas, e mais da efetiva e substancial importância que ostentam para a convivência social.

A divisão das fontes obrigacionais em contratuais e extracontratuais, embora tradicionalmente existentes em toda literatura jurídica, merece ser repensada. Mais técnico e prudente seria dizer que os direitos e deveres, as pretensões e as obrigações, surgem dos fatos jurídicos.

É grande a controvérsia em torno da expressão ‘responsabilidade civil contratual’. A origem, contratual ou legal (ou aquiliana), da responsabilidade, tem certa importância no tocante à especificidade estabelecida em algumas regras jurídicas disciplinadas em nosso Código Civil: constituição do devedor em mora, caracterização

⁹⁴ NETTO, Felipe Peixoto Braga. *A Responsabilidade Civil e a Hermenêutica Contemporânea: uma nova teoria contratual?*. Disponível em < <http://www.domtotal.com/direito/uploads/232.pdf>>. Acesso em 03/02/2010.

⁹⁵ Idem.

da culpa, solidariedade passiva, entre outras. Mas, no tocante à responsabilização, a linha evolutiva aponta para a convergência das fontes.

Os doutrinadores, em geral, apontam para a superação do dualismo, tido por impertinente e artificial. Apesar de alguns aspectos serem específicos em cada um dos modelos, são veementes em apontar a ausência de razão jurídica para a manutenção da bipartição. Pontes de Miranda, a muito tempo já observava:

É possível, portanto, esperar-se que se apaguem as distinções entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade negocial, de modo que se crie, por sobre elas, mais solidariamente, outro sistema, unitário, de reparação fundada na culpa ou em equilíbrio material de posições jurídicas.⁹⁶

Nota-se que a orientação da doutrina moderna e das leis mais recentes é pela unificação dos regimes, já que não há distinção essencial entre as duas formas de responsabilidade, e que a maior parte das diferenças tradicionalmente apontadas não encontra qualquer justificação prática ou lógica.

É proveitoso que as responsabilidades contratual e extracontratual interajam, enriquecendo-se mutuamente, em ordem a possibilitar a gradual construção de um sistema unitário de responsabilidade civil.

Mais pertinente e atual se mostra dividir as possibilidades reparatórias tendo em vista a relevante diferença que sempre estará à base da reparação: o caráter precípua da violação – se patrimonial ou extrapatrimonial; afinal, os danos à pessoa humana podem ter origem contratual ou não, a partir do bem jurídico violado, cujo valor de proteção pode ser preponderantemente patrimonial ou predominantemente moral.

No tocante aos ilícitos não patrimoniais, cujos valores monetários não estão livres de um certo arbítrio por parte do legislador, eis que difíceis de se mensurar, deve-se tentar, de forma precípua, que o dano se perfaça.

⁹⁶ *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 186.

No que se refere aos ilícitos patrimoniais, importa estabelecer meios que tornem efetiva a reparação, buscando-se, em princípio, o equivalente, e reservando, como subsidiária, a reparação por perdas e danos.

Ao mencionar a responsabilidade civil que surge à luz da inexecução de um contrato, refere-se ao efeito do dever de reparar ou indenizar, decorrente de uma espécie de ilícito civil.

A relativização da autonomia privada nos contratos autoriza intervenções judiciais tendentes a reequilibrar a comutatividade perdida. Colidem na matéria a incidência de, no mínimo, dois princípios constitucionalmente protegidos: a autonomia da vontade, de um lado, e, de outro, a dignidade da pessoa humana ou a função social do contrato, por exemplo.

3 INADIMPLENTO CONTRATUAL E DANO MORAL

Superadas as questões metodológicas e terminológicas, chegamos ao objetivo primordial do presente trabalho, qual seja, a análise crítica dos principais argumentos trazidos pela doutrina e jurisprudência quanto à reparabilidade por dano moral decorrente de inadimplemento contratual.

Segundo Héctor Valverde, já o direito romano ocupava-se da tutela de bens não materiais, não obstante a posição de doutrina minoritária, reconhecendo a reparação por danos morais não só decorrente da responsabilidade extracontratual ou *aquiliana*, mas também admitindo a violação do patrimônio ideal do ser humano em razão de responsabilidade contratual.⁹⁷

Maria Helena Diniz diz que o dano pressupõe sempre a violação de um dever jurídico, seja decorrente de lei ou convenção das partes, como nos casos de obrigações contratuais, integrantes de determinado negócio jurídico. A estrutura da norma jurídica descreve uma postura de conduta como seu objeto primário, e determina uma consequência como sanção a seu descumprimento secundário, cujas características principais são a imperatividade, que é a descrição das condutas permitidas ou proibidas, e o autorizamento, consistente na permissão ao lesado de exigir o seu cumprimento, a reparação do dano ou a reposição do estado anterior.⁹⁸

3.1 A ideia de dano moral contratual

Em regra, o inadimplemento contratual não gera danos morais, ficando este adstrito a ilícitos extracontratuais, conforme posição do Superior Tribunal de Justiça:

⁹⁷ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 122.

⁹⁸ *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, vol. VII, p. 172.

O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não toma a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais.⁹⁹

Se, em regra, o inadimplemento contratual ou a quebra de um negócio jurídico não geram dano moral, esta possibilidade não deve ser negada, já que não são poucas as situações ditas “excepcionais” no julgado acima mencionado que podem, em sede de contrato, gerá-lo.

Considerando que as relações jurídicas obrigacionais no âmbito do direito contratual fazem lei entre as partes, uma série de conseqüências são geradas pelo inadimplemento de um dever assumido. De um lado, uma das partes deverá demonstrar efetivamente que a inexecução contratual causou-lhe perdas patrimoniais, e de outro, a parte que não cumpriu devidamente a prestação, deve provar que não a executou por fatos estranhos à sua vontade, ou então que não houve qualquer prejuízo financeiro. Isso, no campo do dano material, em que se têm como conseqüências diretas do descumprimento contratual, as perdas e danos como direito do lesado e o pagamento destas como dever do lesante, conforme dispõe o art. 475¹⁰⁰ do CC/2002.

Outras vezes, contudo, as conseqüências geradas pela quebra negocial vão muito além de apenas um prejuízo ao patrimônio do lesado. Isto porque a insatisfação decorrente da inadimplência pode refletir no psiquismo do lesado, ofendendo sua integridade moral e seus direitos de personalidade assegurados, diante, principalmente, dos fatores verificados pelo descumprimento do negócio jurídico por culpa do agente causador do dano.

Considerável segmento da doutrina nacional e estrangeira não se posiciona favoravelmente ao reconhecimento dos danos morais na relação negocial.

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 202.564-0/RJ, 4ª Turma, julgado em 02/08/2001, rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira

¹⁰⁰ “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Dizem que nas relações contratuais o dano moral não é passível de compensação. Admitem somente a sua concessão em situações excepcionais onde se demonstre ofensa efetiva em valores da personalidade. Observa-se também, com muita frequência, que nos julgados o simples inadimplemento contratual ou o descumprimento de uma obrigação não enseja a obrigação de reparar por dano extrapatrimonial.¹⁰¹

Neste sentido, Sérgio Cavalieri, para quem o mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico, não configuram, isoladamente, dano moral, pois não agridem a dignidade humana. Daí porque os aborrecimentos que se verificam são abrangidos pelo dano material.¹⁰² Mas ressalva o doutrinador, que se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, forem além do aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial, e virem a repercutir na esfera da dignidade da vítima, vão configurar o dano moral.

A pessoa que deixa de receber uma prestação com a qual pactuou, se sente lesada, aborrecida, contrariada e deve recorrer ao judiciário para garantir seu direito de recebimento. Mas esses estados psicológicos não constituem um dano moral indenizável, nem mesmo sinal dessa espécie de dano: aborrecimentos corriqueiros do dia-a-dia, não são indenizáveis, e nesse caso, a indenização somente ocorrerá por força do dano material, ou seja, do prejuízo que efetivamente teve com a quebra da relação negocial, assegurados o direito às perdas e danos.

O dano moral pressupõe ofensa anormal à personalidade, conforme já mencionado no capítulo 1. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante, trata-se, em princípio, de dissabor a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade.

No entanto, o dano moral não deve ser afastado em todos os casos de inadimplemento contratual, mas limitado a situações excepcionais e que extrapolem o simples descumprimento da avença.

¹⁰¹ STJ, 4ª Turma, REsp. n. 338.162/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 18/02/2002: “O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas ,em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade”.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

É importante salientar que para a caracterização do dano moral não se pode ficar adstrito às origens de sua responsabilidade, mas no ato danoso em si considerado. A ofensa aos direitos da personalidade que repercutam na esfera da dignidade humana, devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico, e sempre que se verificar esta lesão, conseqüentemente o direito irá agir ocasionando uma responsabilização pelo ato contrário aos ditames legais.

Alguns autores já têm se quedado de forma favorável a admitir em situações determinadas os danos morais quando houver evidências de que a inadimplência ocasionou à parte inocente sérios transtornos que refletiram em sua personalidade.¹⁰³

O dano moral para ser indenizável, deve, em linha de princípio, ficar circunscrito aos danos que relevam um mínimo de gravidade, da mesma forma como se indica o senso comum, em consonância com a máxima “*de minimis non curat praetor*”.¹⁰⁴

Embora a sede de reparação do dano moral seja, em princípio, o ilícito extracontratual, e as conseqüências do inadimplemento contratual sejam, em princípio, as perdas e danos materiais, não se vê qualquer obstáculo legal desamparando a extensão do reconhecimento do dano moral também na responsabilidade decorrente da quebra negocial.

O que se deve ter em mente, é que o dano moral deve ser indenizado em conformidade com sua gravidade, com as ofensas que efetivamente causou na esfera do indivíduo, aquelas que atingem o âmbito de seus direitos de personalidade, e, segundo esse entendimento, há de ser se convir, que nada impede, *a priori*, que o inadimplemento de uma obrigação venha a constituir ou provocar um dano moral indenizável, pois é um fato ilícito, e, como tal, não modifica sua natureza pela mera circunstância de produzir-se por meio de uma obrigação pré-existente que resulta descumprida, ou de qualquer outro modo.

¹⁰³ BUARQUE, Sidney Hartung. **Da demanda por Dano Moral na Inexecução das Obrigações**. Rio de Janeiro, Forense: 2005.

¹⁰⁴ “O pretor não se preocupa com coisas insignificantes”. Em sua variante mais moderna: “*De minimis non curat lex*” (“A lei não cuida de coisas pequenas”).

Deve sempre ser levado em consideração que não é apenas o mero descumprimento obrigacional que gera o dano moral. Todos estão sujeitos a tais aborrecimentos corriqueiros, em que a inexecução pode gerar desconforto financeiro e transtornos patrimoniais, mas, o importante é destacar que, e nesse aspecto é fundamental reconhecer tal diferença, não é deixar-se de cumprir uma obrigação que se resultará na obrigação de indenizar pelo dano moral, mas o ato ilícito em si, à ofensa além do máximo do aceitável, e as conseqüências que essa inexecução podem decorrer para o lesado.

3.2 O fato ilícito gerador do dano

Não se deve fazer qualquer distinção entre o dano moral oriundo de fato ilícito extracontratual ou de fato ilícito contratual. O direito à reparação vai se projetar nas mais diversas áreas da sociedade, abrangendo tanto as pessoas que se vinculam ao cumprimento do contrato como as que não tem qualquer relação pactuada, e, desta forma, tanto o dano moral poderá ocorrer na relação entre devedor e credor, como naquelas em que nenhuma vinculação existe entre o caluniador e o caluniado.¹⁰⁵

Na verdade, sempre que alguém descumprir o dever imposto por um acordo de vontades ou pela lei, causando ofensas à direitos da personalidade, vai assumir a responsabilidade da lesão cometida.

Fundamental nessa dicotomia seria separar o caráter patrimonial da prestação e o caráter extrapatrimonial do interesse envolvido nela. Embora o cumprimento de uma obrigação contratual tenha conteúdo patrimonial, o interesse por trás dessa prestação, pode, conforme as circunstâncias, apresentar um caráter extrapatrimonial, porque ligado à sua saúde ou de pessoas de sua família, ao seu lazer, à sua comodidade, ao seu bem-estar, à sua educação, aos seus projetos intelectuais.

Estabelecida a distinção entre a patrimonialidade da prestação e a extrapatrimonialidade da utilidade desta ou do interesse do credor, fica mais fácil

¹⁰⁵ CAHALI, Yussef Said. Ob. cit., p. 462.

admitir a existência e a ressarcibilidade do dano moral derivado do inadimplemento de obrigação contratual.¹⁰⁶

Carlos Alberto Bittar já observava que o direito à reparação pode ser projetado nas mais diversas áreas das relações sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não em relações contratuais¹⁰⁷, enquanto que Wilson Melo da Silva, citado por ele, sustenta que os danos morais dever ser ressarcidos sempre e em que situações ocorram, seja qual for o delito causado, de culpa aquiliana ou de culpa contratual.

Caso ocorra por lesão sem qualquer dever de natureza extrapatrimonial, pouco importa que a causa de tal dano tenha sido moral ou não, decorrente de uma culpa contratual ou não contratual.¹⁰⁸

A propósito, Brebbia destaca:

Todos los argumentos invocados a favor de la reparación del perjuicio extrapecuniario en matéria de responsabilidad delictual valen también cuando se trata del incumplimiento de un contrato. Tanto en uno como en outro caso, el abono concedido por daños y perjuicios desempeñará satisfactoriamente su papel.¹⁰⁹

Nada impede, portanto, que o inadimplemento contratual acarrete, ao mesmo tempo, danos patrimoniais e danos morais.

Rui Stoco afirma que:

[...] na responsabilidade dita contratual, em razão do inadimplemento de cláusula, ou da avença como um todo, o inadimplente tanto poderá obrigar-se a reparar o dano patrimonial como, eventualmente, ser compelido a compor o dano moral.¹¹⁰

¹⁰⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual**. Revista Forense, vol. 379, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 18.

¹⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 158

¹⁰⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp. 1636/1637.

¹⁰⁹ BREBBIA, Roberto H. Ob. cit., p. 125.

¹¹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

A jurisprudência tem admitido os danos morais, quando o fato em si demonstra que a vítima teve efetivamente atingida a sua dignidade, diante da conduta do autor da lesão, embora reconheça a excepcionalidade de sua admissão.

Os julgados sobre o tema, muitas vezes informam que é incabível dano moral quando se trata de discussão sobre a validade de cláusulas contratuais ou mesmo inadimplemento delas ou mora no seu cumprimento. Ainda, que não é qualquer aborrecimento comum e ordinário que induz à indenização, mas aquele que causa um abalo psíquico autônomo e independente do aborrecimento normalmente trazido pelo prejuízo material.¹¹¹

Ainda, que contrato não cumprido pode causar indenização por perdas e danos, perda do sinal, multa e outros, mas jamais indenização por dano moral. “O descumprimento do negócio, é natural, gera aborrecimentos, constrangimentos, o que entendo não se enquadrar no conceito de dano moral, que envolve a dor e o sofrimento profundo”.¹¹²

No entanto, predomina, na doutrina entendimento contrário. A propósito, João Luiz Coelho da Rocha afirma que não se vê em lugar algum o fundamento do dano moral como assentado em uma dada fonte originadora de responsabilização,

Melhor dizendo, nada há nos estudos sobre a reparação moral, para não dizer da sua formalização como princípio jurídico moderno, que defira a sua existência à necessária raiz aquiliana, delitual, ou sequer que o condicione a elementos jurídicos que seriam próprios dessa culpa extracontratual. Até porque, é de ciência geral que não há distonia de essência entre a culpa aquiliana e a derivada dos contratos.¹¹³

Yussef Said Cahali, por sua vez,

Conquanto remanesça alguma controvérsia em função da topologia do instituto, é certo que a mesma tende a esmaecer-se, com o reconhecimento de que o dano subjetivo se dá tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual; se indubitoso

¹¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Ap. 8.845-98, rel. Des. Gustavo Leite, *DJE* 18-2-1999.

¹¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Ap. 229.590-5, 4ª Câm., j. 28-5-1997, in *ADCOAS*, 8156890.

¹¹³ O dano moral e a culpa contratual, *ADCOAS*.

que o mesmo se apresenta com maior difusão no âmbito dos atos ilícitos em geral, nem por isso se exclui a sua aplicação em sede de responsabilidade contratual.¹¹⁴

No direito brasileiro, não obstante a ausência de dispositivo legal explícito acerca da responsabilidade contratual por danos morais, a doutrina é uniforme no entendimento da admissibilidade da reparação do dano moral tanto decorrente de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana.

Uma vez assente a ocorrência do dano imaterial, não há que se fazer distinção entre dano derivado de fato ilícito absoluto, e dano moral que resulta de fato ilícito relativo. O direito à reparação, na visão de Yussef Said Cahali, “pode projetar-se por áreas as mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual”.¹¹⁵

Nessa ordem de idéias, escreveu João Luiz Coelho da Rocha:

“Contudo, assentado por suposto que um contrato, uma relação obrigacional convencionada nasce para ser cumprida, e cria compreensivelmente a expectativa psicológica desse cumprimento, não há porque negar, em princípio, que a frustração do ajuste inadimplido cause ou possa causar sentimentos angustiantes ou psicologicamente sensíveis à parte inocente.”¹¹⁶

Ainda, explica,

“que, ao menos em um approach propedêutico, o agravo moral de uma prestação de contrato culposamente negada não haverá de se comparar com o sofrimento à personalidade provocado por um ato culposo causador de um acidente, sobretudo se danos pessoais estão envolvidos. Contudo, há um horizonte aberto de possíveis seqüelas que a injusta falha contratual possa acarretar ao patrimônio psicológico daquele que contava com o cumprimento devido da obligatio”.¹¹⁷

Classificadas em separado, o reconhecimento da espécie de responsabilidade, se contratual ou aquiliana, implica formas específicas de reparação.

¹¹⁴ Dano moral, cit., p. 460.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ *O Dano Moral e a Culpa Contratual*, ADCOAS, p. 48.

¹¹⁷ *O Dano Moral e a Culpa Contratual*, ADCOAS, p. 57.

No CDC, como visto anteriormente, o vício do produto ou do serviço gera direito à substituição do produto, à restituição imediata da quantia paga ou ao abatimento proporcional do preço.

3.3 Pressupostos do dano moral contratual

Na primeira parte deste trabalho abordou-se a evolução do conceito de danos morais, suas premissas e condições de reparabilidade, o qual reflete no entendimento de que sempre que haja qualquer ofensa aos direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, que vão além de meros aborrecimentos corriqueiros, estes devem ser reparados por meio da indenização.

Na segunda parte, discorreu-se sobre a inexecução decorrente de formas distintas de obrigações. Avaliou-se o inadimplemento do qual decorre a quebra de contrato, possibilitando prejuízos ao contratante lesado em seu direito e o descumprimento de negócios jurídicos unilaterais que engendram efeitos de cunho patrimonial. Acentuaram-se as perdas e danos como consequência do inadimplemento negocial.

Agora o enfoque será direcionado aos danos morais, frutos de ofensa à direitos da personalidade da vítima, decorrentes do inadimplemento contratual ou de seu cumprimento inadequado, visto que muitas vezes esta é surpreendida pela inadimplência, quando as próprias circunstâncias que marcavam o negócio jurídico acenavam para a certeza de sua execução.

Já assentada a idéia de que o dano moral pode decorrer de qualquer espécie de responsabilidade, visto que a máxima a ser considerada é a ofensa aos valores da personalidade constitucionalmente protegidos e decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, também decorrente da inexecução contratual, cabe agora definir quando se está diante de um verdadeiro dano moral contratual indenizável, ou quando se depara apenas com a situação de um mero aborrecimento decorrente da quebra negocial.

3.3.1. Características do contrato entre as partes

Para a configuração do dano moral contratual, impõe-se, em primeiro lugar, a existência de uma obrigação preexistente, emanada de um contrato ou de um ato jurídico válido.

Em seguida, há de ter ocorrido o inadimplemento da obrigação, que pode ser relativo ou absoluto. O inadimplemento será relativo quando a obrigação insatisfeita ainda puder ser cumprida proveitosamente para o credor; será absoluto quando não houver emenda possível.

O direito à obrigação de indenizar, pressupõe, também, a existência de um fator de atribuição de responsabilidade, que poderá ser de natureza subjetiva (dolo ou culpa) ou objetiva, dependendo da espécie de obrigação e da relação jurídica estabelecida.

Como se verá mais adiante, pode ser observado que para a configuração do dano moral contratual não é exigível que a conduta do ofensor seja dirigida ao descumprimento de contrato nem que o lesante atue com consciência e vontade de causar dano não patrimonial. A jurisprudência mesmo fornece vários exemplos de dano moral contratual resultante de comportamento culposos, ou, até, decorrente de responsabilidade objetiva.

O dano moral pode derivar de qualquer espécie de responsabilidade, seja ela contratual ou extracontratual; nada obstando, em tese, que o dever de repará-lo advinha de responsabilidade sem ou com culpa, por violação ao dever jurídico estabelecido em lei ou em contrato. Valendo sublinhar, por fim, que mesmo em qualquer hipótese de responsabilidade objetiva, presentes os elementos que caracterizam o dano moral, há que se lhe fazer acompanhar necessariamente a correspondente reparação.

Exemplo clássico apontado pela doutrina de obrigação de indenizar por dano moral decorrente de descumprimento de uma obrigação contratual, é no caso de uma pessoa que contrata um serviço de Buffet para uma festa de casamento, e este simplesmente não aparece, e como não mais serão necessários seus serviços, pois o casamento já aconteceu, deverá indenizar tanto pelos danos materiais sofridos como

pelo dano moral (sentimento de vergonha dos noivos de não terem como servir os convidados).

Além das causas mencionadas como pressupostos para acarretar dano moral decorrente de inexecução contratual, o inadimplemento deverá ser relacionado como causa, direta ou indireta, de lesão a algum direito da personalidade, tal como a vida, a integridade física, a reputação, o nome, a liberdade. A lesão a direito da personalidade e o nexo de causalidade entre o inadimplemento da obrigação e a lesão constituem, assim, requisitos do dano moral contratual.

Mesmo que caminhando ainda com dificuldade, a jurisprudência vem, aos poucos, reconhecendo o dano moral em alguns casos de inadimplemento de obrigação contratual.¹¹⁸

Grande variedade de julgados e literatura existem acerca da responsabilidade civil decorrente de erro médico com repercussão na esfera moral da pessoa. Enorme é a variação na jurisprudência decorrente de indenização por dano moral ou dano estético resultante de lipoaspiração. Sobre estas, é pacífica a decisão no STJ: “Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material como pelo dano moral, salvo prova de força maior ou caso fortuito”¹¹⁹. O erro no resultado de exame laboratorial¹²⁰ e no tratamento odontológico¹²¹ também tem gerado dano moral.

Há, ainda, situações em que a relação contratual constitui apenas a oportunidade para o dano moral, como ocorre no caso de assédio sexual no ambiente de trabalho, caracterizado pelo comportamento do chefe ou superior hierárquico que constrange o empregado ou funcionário com o objetivo de obter vantagem sexual,

¹¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 416846/SP, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 05/11/2002, DJ 07/04/2003. Ementa: “o passageiro de ônibus que sofre danos físicos em razão de acidente de trânsito é vítima de dano moral decorrente do descumprimento do contrato de transporte, que traz, ínsita, a cláusula de incolumidade do passageiro”.

¹¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 10536/RJ, Rel. Ministro Dias Trindade, 3ª Turma, julgado em 21/06/1991, DJ 19/08/1991.

¹²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 401592/DF, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, 4ª Turma, julgado em 16/05/2002, DJ 02/09/2002.

¹²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 328309/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 08/10/2002, DJ 17/03/2003.

mediante ameaça explícita ou velada de demissão, exoneração ou outra forma de represália.

3.4 A conduta do devedor como fator determinante

Identificar o dano moral contratual nas relações acima descritas, geralmente é uma operação que não gera muitos problemas. Não há dúvida a respeito do dano extrapatrimonial quando um passageiro de transporte coletivo é vítima de lesões corporais graves, ou quando uma paciente vem apresentar deformidades após cirurgia estética. Em tais casos, o bem da personalidade atingido é facilmente identificável.

Em outros casos, contudo, sua identificação se torna um pouco mais difícil, por não ser tão evidente o bem da personalidade atingido. Com efeito, quando o inadimplemento contratual atinge os sentimentos da pessoa, essa aplicação de dano moral se torna muito mais vaga e vulnerável, já que são situações que ocorrem dentro do ânimo da pessoa, que causam aborrecimentos, intranqüilidade e desassossego e afetam o bem-estar espiritual.

Assim como a honra, o nome e a reputação da pessoa são bens da personalidade protegidos pelo ordenamento jurídico, não há dúvidas que o sistema afetivo do homem, como também componente de sua personalidade, igualmente é merecedor de proteção jurídica. As lesões injustas aos sentimentos de outrem por si só são indenizáveis, oriundas ou não de um ilícito contratual, e independente de qualquer outra repercussão que o ato lesivo possa ter provocado, seja na esfera pessoal ou na esfera patrimonial da vítima.

Cabe ao julgador do direito diferenciar os meros aborrecimentos que normalmente ocorrem decorrentes de inadimplemento contratual, do efetivo dano moral gerado por tal conduta, para que este possa ser indenizável.

Essa análise não decorre apenas do fato de o dano moral ser oriundo de quebra negocial. Para a caracterização do instituto, mister se faz a análise da ofensa aos direitos da personalidade do lesado, ou na ofensa ao princípio da dignidade humana, assim como ocorrerá em qualquer situação de análise do instituto. Principalmente diante de descumprimento de obrigação contratual, a ótica deve ser voltada para o

comportamento do contratante inadimplente, que muitas vezes age de forma particularmente censurável e ultrajante, demonstrando verdadeiro descaso para com o direito alheio.

Com efeito, o aborrecimento, a contrariedade e outros sentimentos negativos ordinariamente gerados pelo descumprimento de uma obrigação pactuada são, em muitos casos, agravados pela conduta maliciosa ou desdenhosa do contratante.¹²²

3.4.1 Mora ou atraso no cumprimento da obrigação contratual

Com o avanço do conceito de dano moral e sua relação com o cumprimento de acordos contratuais, percebe-se uma tendência no sentido de também compreender situações que recentemente não eram cogitadas, tais como a mora ou o retardamento no cumprimento de obrigações contratuais. Tal fato deve-se, primeiro, à consagração constitucional do direito à indenização por dano moral, e também a massificação das relações de consumo, que levou à elaboração de um Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), no qual o direito à indenização do dano moral foi incluído entre os direitos básicos do consumidor, estabelecendo mecanismos que buscam reduzir a situação de desequilíbrio entre os dois atores da relação de consumo.

A partir de então, começou-se a relacionar, repetidamente, o dano moral com aborrecimentos e constrangimentos sofridos pelo contratante em consequência do retardamento no cumprimento de obrigação convencional. Atualmente, muitos julgados vem reconhecendo o dano moral em casos de mora ou atraso no cumprimento de obrigação contratual.¹²³

3.4.2 O papel desempenhado pela indenização

¹²² CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual*.

¹²³ Considerou-se, por exemplo, que é fato gerador de dano moral: “a não entrega do apartamento no prazo convencional, quando em meio aos sonhos e ilusões, às noites maldormidas, vivem os adquirentes, num misto de angústias e de revolta, as expectativas da entrega do bem que um dia sonharam ocupar”. (TJRJ, Apelação Cível nº. 2002.001.17310, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Ademir Pimentel

No âmbito do dano moral contratual, a indenização deve ter seu caráter dúplice, com vistas a amenizar a dor sofrida pela lesão a bens da personalidade, e também para servir como um mecanismo importante para a redução de comportamentos lesivos e práticas abusivas e fornecedores de serviço e contratantes em geral.

Na visão de Carlos Alberto Bittar, defensor da atribuição de um “valor de desestímulo” à indenização do dano moral, “Deve-se, em qualquer hipótese, ter presente os princípios básicos da satisfação integral dos interesses lesados e da estipulação de valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na determinação da reparação devida”.¹²⁴

Carlos Alberto Bittar, ainda, ensina que a sustentação da doutrina do dano está na reação do sistema jurídico à lesão incidente sobre os interesses e direitos da vítima, cujo objetivo principal é restabelecer o sujeito de direito lesado ao estado anterior à violação ou dotá-lo de um valor representativo do interesse atingido. Considera que qualquer prejuízo injusto experimentado pela vítima, inclusive o dano moral, deve encontrar resposta no sistema jurídico, eis que a teoria do dano é unitária e direciona-se para a plena satisfação dos interesses violados.¹²⁵

3.5 O inadimplemento contratual e os princípios constitucionais

No Código Civil, o descumprimento da obrigação gera direito à reparação prevista no art. 402, isto é, perdas e danos consistentes naquilo que efetivamente perdeu ou no que razoavelmente deixou de lucrar. A lei é taxativa. Não há lugar à reparação por dano moral.

Há, porém, uma exceção de ordem constitucional.

Conforme já mencionado, em voga no direito pátrio, a chamada constitucionalização do Direito Civil preconiza que as normas devem ser aplicadas em harmonia com a Constituição, especialmente em observação aos direitos de personalidade: direito à intimidade, vida privada, à honra e à imagem das pessoas,

¹²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 225.

¹²⁵ *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 38.

“assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, da CF).

Como conseqüência geral da tutela da dignidade humana, e do princípio geral de não violar os direitos da personalidade do indivíduo, é que, presente o inadimplemento de uma obrigação, ainda que, em princípio, o devedor dever responder apenas pelas perdas e danos de que menciona a Lei Civil, ou atendendo as providências ditadas pelo Código de Defesa do Consumidor, poderá ser também demandado a compensar o dano moral, não somente a partir da legislação infraconstitucional, mas por seu intermédio e por regência e da Constituição Federal, sempre que o descumprimento de uma obrigação, transcendendo os limites do negócio jurídico pactuado, for lesivo a esses direitos fundamentais.

Porém, como ainda sim se trata de uma responsabilização por mecanismo excepcional, a possibilidade de compensação pelo dano moral na responsabilidade fundamentada no contrato ou no ato unilateral de vontade, não eximirá o credor de demonstrar o fato constitutivo do seu direito, ou seja, de demonstrar a existência do próprio dano moral, bem como do nexo de causalidade, sob pena de que sejam desprezadas as distinções entre uma e outra modalidade de responsabilidade civil e de que o instituto dos danos morais se banalize pelo uso massivo e desmedido.

Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Não é exata a afirmação de que o dano moral não é suscetível de prova. É certo que, em alguns casos, o dano existe *in re ipsa*, tal como na hipótese de morte de filho e outras congêneres. Todavia, em outras circunstâncias, especialmente no caso de indenização por dano moral em decorrência de inadimplemento contratual, é mister trazer indícios da existência do dano moral. Tal prova pode ser obtida por meio de testemunhas, que relatem a perturbação sofrida pela vítima, as conseqüências do ato ilícito, a intensidade e a gravidade da perturbação da esfera anímica do lesado.¹²⁶

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a distinção que se pode fazer é de natureza fática, exigindo-se a prova, em cada caso, da perturbação da esfera anímica do

¹²⁶ JECiv.-SP, Rec. 5049-Capital, rel. Juiz Costa Garcia, j. 5-4-1999, *ADCOAS* 8174056.

lesado, que nem sempre se iguala à que sofre quem perde um ente querido ou tem a sua honra agravada.¹²⁷

Conclui-se, portanto, que mesmo não havendo dispositivo legal que autorize a indenização por danos morais decorrente da quebra da relação de confiança assumida em um contrato, o dano é um só, podendo ele ser oriundo de qualquer relação obrigacional, dita por um contrato ou não. Deve-se, acima de tudo, respeito aos ditames constitucionais de proteção ao princípio geral da dignidade humana, que abarca os direitos da personalidades, e estes, invocados serão sempre que da obrigação gerar uma ofensa.

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONCLUSÃO

Observou-se que, aparentemente, dano moral e inexecução contratual eram temas que não guardavam relação entre si. Superada essa questão, já que o dano pode vir de qualquer espécie de responsabilidade, unificou-se essa controvérsia.

É nesse sentido que merece destaque a conclusão do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Sidney Hartung Buarque:

A análise individual de todas as consequências decorrentes da conduta indevida é o caminho a ser percorrido para se atingir o resultado almejado, ou seja, a verificação do que efetivamente aqueles fatos ensejaram o abatimento moral e consequente constrangimento, acarretando o direito à indenização. Ou, se ao contrário, apenas revelaram meros aborrecimentos do cotidiano.¹²⁸

A doutrina moderna vem sendo tendenciosa ao, se não de desaparecimento, ao menos de enfraquecimento, da tradicional divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, a partir da constatação de que os contratos cada vez mais retiram sua força da vontade das partes, em razão da crescente interferência do direito positivo nas relações jurídicas. Contribui para tanto, o emprego disseminado dos contratos de adesão na sociedade de consumo, que exclui por completo o princípio da autonomia de vontade e reitera a razão de ser da unificação da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Verifica-se também que o conceito de dano moral está se alargando, acompanhada do redimensionamento do papel punitivo e de desestímulo da respectiva indenização. Não há que prosperar a dúvida no sentido de que o dano moral não possa estar associado ou vinculado ao descumprimento de um contrato. Desde que se configure a ofensa a atributo da personalidade, nada importa que a causa remota desse dano tenha sido o inadimplemento de uma obrigação contratual.

¹²⁸ *Ibidem*.

No Brasil, a sede principal dos direitos de personalidade é a própria Constituição. É ela que prevê de forma, pode-se dizer, implícita a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, ao eleger, como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente.

De acordo com essa cláusula, os direitos da personalidade não se resumiriam, então, aos casos previstos na Constituição ou na legislação ordinária, estendendo seus domínios a todas as situações envolvendo violações à pessoa humana, ainda que não previstas taxativamente.

Hoje não há mais que se falar em padrões uniformes para a caracterização da responsabilidade civil contratual, de acordo com os parâmetros do Código Civil de 2002. O progressivo intervencionismo estatal no direito das obrigações, aliado à técnica regulamentar dos princípios e cláusulas gerais, tornam o tema especialmente dinâmico, avesso a enquadramentos rígidos.

O direito civil durante muitos anos cuidou com maior enfoque do patrimônio do homem. Atualmente, a pessoa, integralmente considerada, que deve reservar sua força de proteção. Ao Direito Civil como um todo, cabe coibir abusos, reequilibrar posições, estabelecer limites. Cabe, principalmente, sempre resguardar a dignidade da pessoa humana, procurando reduzir as desigualdades e promovendo a solidariedade.

Ao direito privado são reservadas novas funções de proteção dos contratos, substancialmente distintas daquelas clássicas, tradicionais. Os contratos civis, marcados, conceitualmente, por novas relações dinâmicas, devem resguardar-se com a proteção aos valores imateriais do homem, consagrados no ordenamento positivo.

A definição da responsabilidade civil, em órbita contratual, deve depender menos das disposições contratuais do que das circunstâncias, concretamente configuradas, caracterizadoras de situações danosas cuja resposta normativa pode ser a responsabilidade civil, a bem do equilíbrio moral.

A responsabilidade pós-contratual no CC/2002 não requer um árduo exame dos princípios gerais de direito, da Lei de Introdução ao CC, além da análise do texto constitucional para se chegar à conclusão de que existe a *culpa post factum finitum*.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano – de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitários, 1995.

_____. **Direito das Obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BUARQUE, Sidney Hartung. **Da Demanda por Dano Moral na Inexecução das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSSADA, Wilson. **Danos Morais e Materiais Interpretados pelos Tribunais**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Quanto Vale o Dano Moral**. *Júris Síntese*, vol. 36, jul/ago, 2002.

CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral**. Saraiva, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume VII: Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOMINGOS DE MELO, Nehemias. **Dano Moral – Problemática: do Cabimento à Fixação do Quantum**. J. de Oliveira, 2004.

DONININI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Pós-Contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Harbra, 2004.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações – Parte Especial – Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Direito das Obrigações – Parte Especial – Tomo I – Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **Responsabilidade Civil por Quebra de Promessa**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MARTINS DA SILVA, Américo Luis. **O Dano Moral e sua Reparação Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. São Paulo, 2006.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REVISTA FORENSE, vol. 1 – 1904. **Dano Moral em Caso de Descumprimento de Obrigação Contratual**. André Gustavo Corrêa de Andrade. Volume 379 – 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTANA, Hector Valverde. **O Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral**. 3. ed. Millennium, 2002.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

USTÁRROZ, Daniel. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. I. Portugal: Almedina, 2000.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos** – 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.