XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ROBERTO SENISE LISBOA

ALEXANDRE PEREIRA BONNA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Roberto Senise Lisboa; Alexandre Pereira Bonna – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-834-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Uyara Vaz Da Rocha Travizani e Roselaine Andrade Tavares apresentaram artigo intitulado "CRÍTICAS ÀS ALTERAÇÕES TRAZIDAS AO CÓDIGO CIVIL POR MEIO DA LEI Nº 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)", discorrendo sobre os desafios de lidar com a capacidade plena das pessoas com deficiência mental, defendendo que tal proposição pode prejudicar a proteção dessas pessoas.

Isabel Soares da Conceição e Jadir Rafael da Silva Filho, com a pesquisa intitulada "FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: POSSIBILIDADES DE CONFIGURAÇÃO E EFEITOS DAS FUNÇÕES PREVENTIVA E PUNITIVA NO BRASIL", refletindo sobre se são possíveis as funções preventiva e punitiva no Brasil e, caso sejam, seus efeitos.

Alexandre Pereira Bonna apresentou trabalho com o título "FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO", aprofundando a relação dos bens humanos básicos com o direito à privacidade e discutindo os desafios de proteção no âmbito da sociedade da informação.

Mayara Andrade Soares Carneiro e Jorge Shiguemitsu Fujita debateram no artigo "O DIREITO DE AUTOR E A OBRA CINEMATOGRÁFICA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO" os desafios dos direitos autorais na era da sociedade da informação.

Ramon Silva Costa e Samuel Rodrigues de Oliveira apresentaram o artigo intitulado "OS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA: PRIVACIDADE, PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CONSENTIMENTO NAS REDES SOCIAIS", buscando compreender como as redes sociais afetam os direitos da personalidade.

João Vitor Penna e Silva discute, no artigo "OS LIMITES DA CLÁUSULA GERAL DO DANO MORAL NA TUTELA DA PESSOA", dois modelos jurídicos de Direitos de Danos em Direito Comparado, a cláusula geral e o torts, demonstrando como a indefinição

legislativa dos interesses protegidos pelo sistema de Responsabilidade Civil, inerente ao modelo de cláusula geral, implica em dificuldades na delimitação de um conceito de dano moral.

Kenia Rodrigues De Oliveira e Karina Martins aprofundam a discussão sobre a "REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA: UM OLHAR PELA LEI 13.465/2017 QUANTO ÀS ESPÉCIES DE CONDOMÍNIO", explicando as espécies de condomínio que surgiram com a Lei 13.465/2017 e buscando responder quais os reflexos jurídicos surgirão caso a Lei 13.465/2017 seja considerada inconstitucional?

Lucas Sarmento Pimenta apresentou a "RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRÁTICO: MEDIDAS PROFILÁTICAS À LUZ DO DIREITO COMPARADO, DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E DA BOA DOUTRINA MARITIMISTA" debatendo a extensão da responsabilidade civil do prático, assim como em quais casos ela será solidária.

Por fim, Diogo Oselame Pereira Boeira , Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, no trabalho chamado "TESTAMENTO VITAL E DIGNIDADE: A MANIFESTAÇÃO ANTECIPADA PARA O MOMENTO DO ENFRENTAMENTO DA PARTIDA", refletindo sobre a dignidade da pessoa humana e autonomia privada no tocante ao testamento vital, sobre como deseja viver seus últimos dias de vida.

Alexandre Pereira Bonna - UFPA

Roberto Senise Lisboa – FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS LIMITES DA CLÁUSULA GERAL DO DANO MORAL NA TUTELA DA PESSOA

THE LIMITS OF THE GENERAL CLAUSE OF MORAL DAMAGE IN PROTECTION OF THE PERSON

João Vitor Penna e Silva [1]

Resumo

Analisa os limites que o modelo jurídico de cláusula geral, adotado no Direito de Danos brasileiro, possui com relação à tutela dos indivíduos, apontando para os ônus que temos que assumir ao adotar este modelo. Comparando dois modelos jurídicos de Direitos de Danos em Direito Comparado, a cláusula geral e o torts, demonstra-se como a indefinição legislativa dos interesses protegidos pelo sistema de Responsabilidade Civil, inerente ao modelo de cláusula geral, implica em dificuldades na delimitação de um conceito de dano moral e como este cenário acaba frustrando expectativas legítimas dos indivíduos com relação à tutela de seus interesses existenciais.

Palavras-chave: Dano moral, Cláusula geral, Interesses protegidos, Mero aborrecimento, Direito comparado

Abstract/Resumen/Résumé

Analyzes limits that general clause's legal model, adopted in brazilian Tort System, has with respect to the protection of individuals, discussing the burdens that we have to assume while adopting it. Comparing two legal models of Comparative Tort Law, the general clause and torts, we demonstrate how the legislative lack of definition of the interests protected by brazilian Tort System, inherent in the general clause model, implies difficulties in defining a concept of moral damage and how this context may frustrate legitimate expectations of individuals regarding the protection of their existential interests.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Moral damages, General clause, Protected interests, Mere annoyance, Comparative law

[1] Professor do Curso de Direito da Faculdade FACI-Wyden (Belém, Pará). Mestre em Direito pelo PPGD-UFPA. Advogado. Bacharel em Direito pela UFPA.

1. INTRODUÇÃO

A prática judicial demonstra pouca clareza com relação à resposta sobre o que são danos morais. Juízes e advogados se debatem em questões relacionadas a ocorrência ou não de danos morais em um caso concreto e, em muitos casos, resolvem os problemas com baixa aplicação de técnica jurídica e se baseando em determinadas noções morais ou avaliações subjetivas.

Os motivos pelos quais isto ocorre são múltiplos e, em certos casos, muito simples. Antes de tudo, o contexto prático do judiciário é um fato fundamental. O inchaço de demandas no judiciário implica em uma apreciação corrida e pouco acurada dos casos, que impede maiores abstrações e discussões profundas sobre a natureza das questões postas em jogo. Porém, não podemos reduzir questões tão complexas em explicações tão simples. Outros fatores tem contribuído para este cenário.

Com a criação dos juizados especiais cíveis, a forma como o judiciário, principalmente o de primeira instância, passou a lidar com o dano moral ganhou novos rumos. A exoneração, nos juizados especiais, do pagamento de custas processuais por parte do autor implicou em um cada vez mais crescente número de demandas por dano moral no âmbito dos juizados. Advogados e litigantes passaram a ter um filtro muito menor, visto que não mais teriam que arcar com custas em caso de insucesso, para pleitear indenizações por dano moral.

Pode-se dizer – e é verdadeiro – que isto corresponde à uma estratégia de advogados e clientes para ganhar dinheiro em cima de quem tem como pagar. Talvez possamos dizer que o dano moral se tornou uma "loteria" ou uma "indústria". Mas não podemos simplificar demais a questão e dizer que o que se tem chamado de "banalização do dano moral" é fruto da mera ganância dos sujeitos envolvidos no processo. Por que é possível pleitear indenizações nestes casos? O que permite que advogados e litigantes acreditem que podem ter algum sucesso em demandar por danos morais em casos, certas vezes, tão esdrúxulos?

Defendemos neste artigo que tal situação é um preço a se pagar pelo modelo que a legislação brasileira assumiu para instrumentalizar o dano moral e a Responsabilidade Civil como um todo. Tal preço passa pela indefinição dos interesses protegidos pelo sistema do Direito de Danos, deixados em aberto pelo modelo legislativo. E mesmo com um esforço no sentido de delimitação destes interesses, a abertura tem colaborado para que o judiciário imponha limitações aos danos morais mesmo em casos de violação de interesses protegidos, evidenciando que o modelo aberto nem sempre serve para aumentar a proteção dos indivíduos contra violações.

Para demonstrar o que nos propomos, iniciaremos com a análise de dois modelos jurídicos de Direitos de Danos em Direito Comparado, a cláusula geral e o *torts*, buscando evidenciar

nas diferenças entre os modelos aberto e fechado as características mais relevantes do modelo adotado no Brasil. Em seguida, partiremos para uma análise do dano moral no Brasil, buscando verificar quais os desenvolvimentos realizados pelos principais atores no processo de preenchimento dos espaços abertos deixados pela legislação: a doutrina e a jurisprudência. Buscaremos demonstrar como a indefinição legislativa dos interesses protegidos pelo sistema de Responsabilidade Civil implica em dificuldades na delimitação de um conceito de dano moral e a verificação de sua ocorrência nos casos concretos, bem como este cenário acaba frustrando expectativas legítimas dos indivíduos com relação à tutela de seus interesses existenciais. Por fim, abordaremos a figura do "mero aborrecimento", como categoria limitadora dos danos morais construída pela jurisprudência em um contexto em que a amplitude dos contexto de ocorrência de danos morais levaria à situações indesejadas, demonstrando como tal construção também frustra as expectativas legítimas dos sujeitos com relação ao sistema de reparação de danos.

2. DOIS MODELOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL COMPARADOS

Os ordenamentos jurídicos ocidentais empregam basicamente duas formas distintas de instrumentalizar o Direito de Danos e tratar as condutas ilícitas no âmbito privado. Dois grandes modelos serão os referenciais para o nosso trabalho, na tentativa de posicioná-los e entender as suas limitações: a clausula geral (*general clause*) e os *torts* individuais.

Cada um destes modelos corresponde, em um sentido bastante geral, ao desenvolvimento de uma das grandes famílias jurídicas analisadas na seara do Direito Comparado (*Civil Law* e o C*ommon Law*) e devota algumas de suas principais características aos aspectos característicos destas grandes famílias.

A prática jurídica da *Common Law* construiu o modelo dos *torts* como modelo jurídico correspondente para tratar dos casos de danos e indenizações. O sistema do *Tort Law* foi construído casuisticamente, de forma incidental. Cada um dos *torts* – que etimologicamente pode ser relacionado à o que é tortuoso, indevido – correspondem à uma causa independente, com elementos constitutivos próprios e retratando um interesse protegido específico (CARRÁ, 2014, p. 3). Os *torts* se somam para formar um sistema em que a característica principal é a pluralidade das causas de pedir. Cada uma delas é específica e bem definida, podendo ser aplicada ao caso trazido por mera subsunção, sem emprego de um processo de avaliação (WAGNER, 2012, p. 1006).

Diferente foi o modelo escolhido e empregado pelo Código Civil francês, que evita uma definição específica de um conceito de dano e o estabelecimento prévio e específicos dos

interesses protegidos pelo sistema de reparações. Limita-se a definir um conceito abstrato de dano, que diante do fato de sua ocorrência deve ser reparado. Tal modelo das cláusulas gerais foi seguido pela maioria dos países da tradição do *Civil Law*, dentre eles encontra-se o Brasil.

Porém, em Direito Comparado, especialmente em um mundo cada vez mais interligado e que comunga de certos valores (ocidentais) que regem a solução dos principais problemas, nada é tão simples. Uma divisão estrita entre um modelo principiológico e aberto (cláusula geral) e outro mais casuístico e fechado (*torts* individuais) se mostra exagerada (WAGNER, 2012, p. 1009). Ambas os modelos rumam em um sentido de mediania, em que os elementos de generalidade e especificidade se somam para dar forma ao sistema.

Assim, na tradição do *Common Law* construiu-se o *tort of negligence* que, ao longo do tempo e do desenvolvimento jurisprudencial característico desta tradição, acabou por absorver boa parte dos antigos *torts* independentes (WAGNER, 2012, p. 1009). Constituiu uma grande mudança na tradição, introduzindo – paulatinamente – um paradigma de generalidade anteriormente inexistente no sistema e flexibilizando a necessidade de uma tipificação estrita dos ilícitos reparáveis.

Por outro lado, nos sistemas de cláusulas gerais, observa-se um amplo processo de especificação das causas que fundamentam as demandas por indenizações, bem como dos interesses protegidos pelo instituto. Tal processo se dá através do trabalho da doutrina e da jurisprudência, deixando o modelo aberto com relação à técnica legislativa. É, porém, sempre tratado com a cautela de se manter a generalidade como uma fuga para situações de injustiça que a inexistência de tipificação poderia causar, na própria perspectiva de salvaguardar a generalidade que fundamenta o sistema. De qualquer forma, não se pode dizer que não haja uma inclinação no sentido especificação como acima exposto.

Mesmo diante de um contexto em que tal distinção não é tão estrita ou é se mostra exagerada, ainda é útil percebê-la. Não estamos aqui discutindo tendências, mas modelos, com suas respectivas limitações. Cada um desses modelos serve de gênese para a construção do sistema de reparação de danos nos ordenamentos jurídicos sob análise e por isso devem ser compreendidos com relação ao grau de sua contribuição para o paradigma que está posto. Mais adiante prosseguiremos com esta tarefa.

Ainda no âmbito da diferenciação entre os modelos, falamos de uma distinção no nível formal, que corresponde à diferenciação estilística entre as estruturas básicas da normatização sobre reparação de danos em cada um dos modelos. Tal distinção formal leva, porém, à uma distinção no nível substantivo. Se refere à definição de quais os tipos de interesse são merecedores de proteção pelo Direito de Danos.

Em um sistema aberto, como o de cláusula geral, os interesses merecedores de tutela não são definidos pela legislação sobre Direito de Danos, deixando em aberto a possibilidade de sempre se identificar novos destes interesses dignos de proteção em casos concretos, com base em parâmetros ainda mais abstratos. Por outro lado, em sistemas fechados, como o dos *torts*, os interesses tutelados são especificamente definidos pela legislação. Assim, cada *tort* corresponde a um tipo de ilícito, que corresponde à violação de interesses específicos, claramente definidos pelas normas atinentes à Responsabilidade Civil.

As distinções que fizemos acima permanecem sendo bastante rasas, insustentáveis comparativamente quando se traz à discussão a complexidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Um bom exemplo disto é o caso Alemão. Embora seja um componente importante da família da *Civil Law* (também chamada de família romano-germânica), ele também limita o escopo da responsabilidade civil subjetiva à determinados interesses protegidos especificados no Código Civil alemão (§ 823 I BGB).

Não vamos entrar nestes importantes pormenores. O que já foi dito já nos serve para aclarar as questões importantes que queremos trazer para a discussão dos danos morais no Brasil e os limites que o modelo de cláusula geral possui.

Assim, pelo que foi exposto, o modelo de cláusula geral determina que qualquer violação do direito que causar dano é passível de gerar o dever de reparar. Porém, o conceito de dano não é definido, deixando os interesses protegidos pelo Direito de Danos em aberto. Tal questão se agrava com relação ao dano moral. O dano material tem um interesse protegido claro, que é o patrimônio do sujeito vitimado. O dano moral, porém, é multifacetado, ou seja, é composto por uma série de interesses relacionados à pessoa humana, que compõe o campo de proteção amplo do instituto. Este rol de interesses é aberto e nem sempre muito claro.

Queremos atentar para o fato de que tal abertura relacionada ao modelo de cláusula geral adotada para os danos morais carrega consigo ônus que o sistema precisa arcar. Passemos a analisar estas limitações especificamente no caso brasileiro.

3. O DANO MORAL NO BRASIL

Desde o Código Civil de 1916 – primeira codificação civilista brasileira – é notável a influência do Código Civil francês no campo da Responsabilidade Civil. Adotando redação muito próxima à lógica do art. 1.382 do Código de Napoleão[1], o art. 159 do Código de 1916 dispõe que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar

[1] Art. 1382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Fora adotado, portanto, o modelo de cláusula geral para determinação do dano indenizável. O Código de 2002 não inovou neste sentido, mantendo na combinação entre os arts. 186 e 927 a cláusula geral que antes se concentrava no art. 159.

Novidade com relação ao Código anterior foi o reconhecimento, no art. 186, da possibilidade de indenização por danos morais, seguindo o caminho já determinado desde a Constituição de 1988 que pôs um ponto final nos debates e reconheceu a possibilidade de indenização de danos extrapatrimoniais. Assim, seguindo o modelo adotado para os danos materiais desde do Código anterior, os danos morais não ganharam conceituação, inexistindo direcionamentos específicos para determinação das situações de sua ocorrência.

Mesmo tendo o Código Civil de 2002 sido promulgado em um contexto em que estavam dirimidas as polêmicas sobre a possibilidade de indenizar por danos morais, a legislação brasileira não foi feita para comportar a especificidade deste tipo de dano. Eles possuem caráter muito específico em função de sua natureza eminentemente subjetiva – que, curiosamente, era o motivo pelo qual se negava a sua indenizabilidade antes da positivação pela Constituição de 1988 (art. 5º, X). É também este o motivo de os juristas se verem contemporaneamente tão desafiados com questões como a dificuldade de mensuração e quantificação dos danos morais ou com relação à sua própria configuração.

Assim, seguindo o que já estava positivado na Constituição, o Código de 2002 apenas incluiu a possibilidade expressa de indenização dos danos morais, sem tratar de nenhuma das questões que o individualiza com relação aos danos materiais, como se o regramento jurídico dos dois tipos de dano pudesse ser o mesmo. A experiência jurídica que se deu após o reconhecimento da indenizabilidade do dano moral provou que isto não era possível.

Um detalhe importante é que o Projeto do Código Civil de 2002 já estava em debate desde antes da Constituição de 88, em um contexto em que a importância teórica e prática da Responsabilidade Civil e dos danos morais estavam longe da que os institutos desempenham hoje[2]. Embora já se reconhecesse a natureza distinta do dano moral com relação ao material, uma possível falta de reconhecimento da importância do primeiro pode ter levado a não se dar

[2] É absolutamente inegável o papel central que o dano moral possui no sistema de Responsabilidade Civil brasileiro contemporâneo. Primeiramente, no campo teórico, ganhou enorme força após a sua positivação, sendo considerado pelos civilistas como o instituto responsável pela salvaguarda da dignidade humana e dos direitos da personalidade, elevados a posição fundamental no ordenamento jurídico após 1988. Em segundo lugar, no campo prático, o dano moral assumiu um papel preponderando, sendo foco de inúmeras demandas judiciais, vinculados aos mais variados temas. Embora se fale em "indústria do dano moral" e banalização do instituto, não se pode negar que socialmente os sujeitos passaram a ver na violação subjetiva um direito violado, requerendo uma reparação em muitos casos como uma forma de ver retribuição pelo injusto causado pelo violador.

a devida atenção para as suas características diferenciadoras. Porém, somente um estudo histórico mais aprofundado – o que não está nos limites deste trabalho – pode nos dar respostas mais acertadas sobre o tema.

Portanto, adotado o mesmo modelo de cláusula geral para o dano moral, em um contexto de abertura, em que não existiam parâmetros legais específicos para a determinação de quais os casos de ocorrência de danos morais, coube à dois atores jurídicos este papel: o judiciário e a doutrina. Vamos tratar individualmente das dificuldades que o modelo aberto da cláusula geral aplicada aos danos morais impôs à atuação de cada um destes atores.

3.1. O árduo trabalho da doutrina

Os estudiosos do Direito Civil perceberam a abertura legalmente imposta e não ficaram apáticos. Na verdade, os autores contemporâneos veem na abertura uma qualidade positiva do sistema, que permite o reconhecimento de novos direitos e tutela de interesses jurídicos anteriormente não tutelados (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 231). A abertura ajuda a produção da justiça caso a caso. Em um mundo jurídico em que padrões abstratos como princípios e cláusulas abertas ganham força, um modelo de Direito de Danos amplo coaduna com os interesses do sistema.

Fixada a importância de uma margem de abertura, não se deixou de reconhecer a importância da especificação de um conceito de dano moral, e, assim, definir os interesses envolvidos com sua tutela. Afinal, padrões abstratos dizem pouco para um caso concreto. Coube à doutrina o papel de formular modelos teóricos que auxiliassem a percepção de quais casos configurariam dano moral e quais não.

A primeira dificuldade posta ao trabalho teórico é a óbvia amplitude legal do conceito de dano, pois são parcos os parâmetros dentro da legislação que fundamentem a construção de um conceito ou a definição dos interesses protegidos pelo instituto. O trabalho é, portanto, sempre de avaliação completa do sistema, dos princípios norteadores do ordenamento e das demais normas de proteção de direitos.

Os primeiros apontamentos apresentados sobre os danos morais foram no sentido de, com base em certas percepções morais com relação aos danos à pessoa, igualar a figura do dano moral à noção de constrangimento, dor e sofrimento, ou seja, com categorias repletas de subjetividades, de prova muito difícil – senão impossível. Embora pouco técnica, esta noção é importante porque é ainda muito usada na prática judicial, principalmente nos juízos comuns, para identificar as situações de dano. Em muitos casos é um conceito exitoso, pois na maioria

dos casos padrão da Responsabilidade por dano moral existe um real constrangimento, dor ou sofrimento causado pela violação do direito.

Mas dano moral não se confunde com estas categorias. Essas são consequências do dano moral, não o dano moral em si. Ele não se confunde com situações subjetivas, que só podem ser mensuradas pela pessoa por si própria. Maria Celina Bodin de Moraes aborda adequadamente a temática[3]:

> [...] ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos "dor", "espanto", "emoção", "vergonha", "aflição espiritual", "desgosto", 'injúria física ou moral", em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas (BODIN, 2003, p. 131).

A parte final da citação disposta acima é significativa para o caminho que rumou a doutrina da Responsabilidade Civil na tentativa de conceituar o dano moral. Em um contexto de afirmação de um novo paradigma constitucional que influencia todo o Direito, da incidência de Direitos Fundamentais sob as relações privadas e penetração de princípios como o da dignidade da pessoa humana sobre o Direito Civil, autores importantes – como a própria Maria Celina Bodin de Moraes – defenderam que os danos morais correspondiam à lesão à dignidade humana.

Por ser um conceito muito vago, os autores passaram a discutir o que, concretamente, significaria proteger a dignidade das pessoas no âmbito civil. A partir disto, construiu-se a perspectiva de que os Direitos da Personalidade estabelecidos no Código Civil de 2002 eram a tradução para o âmbito civilista do princípio geral da dignidade humana e, com isto, o dano moral seria uma violação direta a estes direitos da personalidade. Outras ferramentas interessantes foram criadas, mas esta ganhou especial importância no contexto contemporâneo do debate sobre danos morais no Brasil.

A referência aos direitos da personalidade – considerados de forma ampla, não se limitando àqueles dispostos no Código Civil e na Constituição – constitui uma ferramenta que

[3] Sobre isto, ver também FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 293-296.

ajuda a identificar os interesses protegidos pelos danos morais, mas ao mesmo tempo mantém uma abertura para reconhecimento de novos interesses existenciais dignos de tutela, os quais serão avaliados pelos juízes e tribunais casuisticamente.

Não queremos neste texto abordar limitações dos conceitos de dano moral construídos pela doutrina, pois isto implicaria em um debate muito mais amplo e profundo, que implicaria em ir muito mais além ne descrição dos modelos teóricos.

Devemos rumar para a prática judicial para tentar perceber como esta recebeu as construções desenvolvidas pela doutrina na formação de um conceito de dano moral e na especificação dos interesses protegidos por ele.

3.2. A caótica prática judicial

Utilizando – ou não – os parâmetros definidos pela doutrina, a jurisprudência se incumbiu de definir um conceito de dano moral e, com isso, especificar os interesses protegidos pela Responsabilidade Civil por danos extrapatrimoniais no Brasil. Tal processo seria inevitável, como dissemos, a medida que se fossem definindo os casos de aplicação do dano moral.

Não é interessante que cada juiz decida casuisticamente sobre a ocorrência ou não dos danos morais. Então, com o fortalecimento do sistema de precedentes no Brasil, desenvolveu-se na prática matérias em que a ocorrência de danos morais era evidente e pacificada, chegando a se falar em danos presumidos. É o caso, por exemplo, de atraso de entrega de imóveis, inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, abandono afetivo, cobrança indevida, etc. – situações padrão, em que a jurisprudência firmada e pacificada nos tribunais superiores levou a uma quase-positivação, ou seja, com a definição estrita de que aqueles interesses envolvidos são alvo de proteção pelo Direito de Danos e os mesmos devem ser devidamente ressarcidos.

Um grande protagonista deste papel é o Superior Tribunal de Justiça – STJ que, por questões de competência, acaba apreciando a maioria das demandas relacionadas a danos morais, sua ocorrência, sua quantificação e questões correlatas.

Portanto, é importante visualizar o cenário. Temos uma legislação aberta, que adota o modelo de cláusula geral inclusive para o dano moral, e que não especifica claramente os interesses protegidos pelo Direito de Danos. Ao mesmo tempo, o sistema de precedentes impõe um processo de especificação destes interesses, definindo e tipificando – não exaustivamente – as situações em que ocorrem danos morais.

O sujeito comum, o jurisdicionado sem conhecimento técnico-jurídico, não tem acesso a essa informação, que fica restrita ao judiciário. O que ele tem com relação aos danos extrapatrimoniais é uma noção linguística básica, baseada em suas percepções morais, de quais

contextos estes danos ocorrem ou não. E tão noção moral básica sobre um conceito de dano moral e quais os interesses protegidos por ele nem sempre condiz com a noção jurídica de dano moral. Assim, este sujeito cria determinadas expectativas, que são completamente legítimas, de que tem direito ao ressarcimento em determinada situação quando na verdade não tem.

Esta noção moral se irradia inclusive para a prática, que deveria ser dominada pela técnica. São inúmeras e repetidas as decisões que, principalmente nos juízos de primeiro grau comum e juizados especiais, determinam a ocorrência de um dano moral por puro "sentir". São comuns as decisões jurídicas que afirmam "no presente caso, vislumbro a ocorrência de dano moral", sem a respectiva fundamentação ou especificação do interesse violado que corresponde ao dano.

Seria muito reducionismo atribuir este fenômeno somente à preguiça dos magistrados ou ao excesso de processos para apreciação. Em nossa percepção, construções doutrinárias mais elaboradas estão muito distantes da prática corrente dos juízos, que regulam a vida do sujeito comum, tornando a prática da Responsabilidade Civil uma loteria de entendimentos, permeada de subjetivismos. Assim, o que resta para o jurista prático comum é aquela noção vaga de dano moral, tornada legítima pelo modelo de cláusula geral adotado pelo sistema.

Assim, um ônus que se tem que assumir ao adotar o modelo de cláusula geral na legislação é o de não especificação dos interesses protegidos. Na prática jurídica corrente quem deve determinar estes interesses é o judiciário, que o faz, como acima apontamos, de forma nem sempre tão objetiva. Tal contexto cria uma tensão entre dois extremos que não podem ser ignorados: de um lado a abertura para determinação dos interesses tutelados pelo Direito de Danos e de outro as expectativas legítimas que os indivíduos tem de tutela de seus direitos.

O excesso de abertura da legislação tem como característica privilegiar a justiça em função da segurança, deixando espaço para uma atuação positiva do Judiciário para inclusão de interesses merecedores de tutela no rol dos interesses protegidos pelo dano moral caso a caso. A tal segurança – valor tão eivado de preconceito nas teorias jurídicas ditas "neoconstitucionalistas" ou "antipositivistas" –, porém, não pode ser deixada de lado. Este é o valor que permite que os indivíduos que se determinam de acordo com o postulado pelo Direito o façam com estabilidade e certeza de que fazem o que deve ser feito. E com esse pressuposto de estabilidade, criam expectativas legítimas sobre o que devem receber em caso de violação de seus direitos. Tais expectativas, em muitos casos frustradas, parecem estar sendo deixadas de lado na análise dos danos morais.

Poder-se-ia dizer que a não definição dos interesses protegidos não é uma problemática real, pois a legislação brasileira define quais eles são em outras normas do sistema, bastando

realizar um esforço interpretativo para aceder a eles. Devemos retomar as construções da doutrina, portanto, para avaliar este caminho, tratando as decisões que partem de um conceito moral e aberto de dano extrapatrimonial – que não são poucas – como um erro técnico dos juízes, ou por falta de fundamentação (quando omitem o raciocínio que tiveram para concluir pela ocorrência do dano moral) ou por fundamentação extremamente subjetivista (quando o raciocínio envolve formulações como "em meu entendimento ocorreram danos morais no caso", etc.).

Assim, a questão posta é a de se faz sentido, na prática jurídica, falar-se de existência de interesses protegidos pelo Direito de Danos prévios aos casos e a decisão correspondente – como talvez uma doutrina mais avançada defendesse? Ou são realmente os juízes que determinam quais são estes interesses casuisticamente?

Queremos demonstrar aqui que o conceito de danos que prevalece na jurisprudência brasileira é um conceito moral, permeado de subjetivismo. Isto porque, mesmo com toda a construção teórica desenvolvida sobre danos morais em que os interesses protegidos correspondem aos interesses existenciais da pessoa, ainda se constroem categorias em que, mesmo havendo violação destes interesses, ainda assim é negada a reparação de danos morais, sob alegação de inexistência de dano. Buscaremos demonstrar isto analisando a categoria do "mero aborrecimento".

4. O "MERO ABORRECIMENTO" COMO CATEGORIA LIMITADORA DO DANO MORAL

Com o desenvolvimento da reparação do dano moral no Brasil, a jurisprudência nacional desenvolveu métodos e categorias para tentar ultrapassar a dificuldade imposta pela abertura deixada pelo modelo de cláusula geral. O estabelecimento de um conceito de dano moral, dos interesses protegidos e de que forma pode ser quantificado são temas que tem forte desenvolvimento jurisprudencial – que nem sempre importa as melhores soluções apontadas pela doutrina, como já postulamos.

Uma das categorias construídas foi o chamado "mero aborrecimento" ou "mero dissabor". Esta foi formulada inicialmente com o objetivo de manter o núcleo da ideia de que o dano moral é um tipo de violação a interesses importantes e de alta relevância existencial. Sobre a questão, Sergio Cavalieri Filho já afirmou:

> Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe

> aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93)

Seu uso, porém, tornou-se em certo sentido indiscriminado e se alastrou por toda a jurisprudência sobre danos morais no Brasil, muito além do simples objetivo de ajustamento conceitual inicialmente pretendido[4].

Neste sentido, já se afirmou sobre a categoria:

> O "mero aborrecimento" ou "mero dissabor" é uma categoria híbrida, construída pela jurisprudência brasileira – e em certo sentido consolidada na doutrina –, na qual se reconhece a ocorrência de um ilícito que causou uma interferência na situação jurídica extrapatrimonial do indivíduo, mas se nega que esta interferência seja tamanha a ponto de existir dano moral, posto que a lesão é de baixa monta. Assim, ela se apresenta como uma limitação à configuração do dano moral, que acaba por não se constituir em todas as situações de interferência ilícita na seara extrapatrimonial dos sujeitos (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, p. 90).

O mero aborrecimento pode ser considerado uma categoria híbrida ou intermediária exatamente porque figura em algum lugar entre binômio "dano" e "não-dano". Se fosse

[4] São diversos os usos jurisprudenciais do conceito. Um dos famosos casos em que é invocada a ideia de mero aborrecimento para limitar a configuração do dano é o caso de corpo estranho em alimentos: "RECURSO ESPECIAL DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. EMBALAGEM DE REFRIGERANTE LACRADA. TECNOLOGIA PADRONIZADA. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE. MERO DISSABOR. ÂMBITO INDIVIDUAL. 1. Cuida-se de demanda na qual busca o autor a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da aquisição de refrigerante contendo inseto morto no interior da embalagem. 2. No âmbito da jurisprudência do STJ, não se configura o dano moral quando ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de objeto estranho no seu interior, por não extrapolar o âmbito individual que justifique a litigiosidade, porquanto atendida a expectativa do consumidor em sua dimensão plural. 3. A tecnologia utilizada nas embalagens dos refrigerantes é padronizada e guarda, na essência, os mesmos atributos e as mesmas qualidades no mundo inteiro. 4. Inexiste um sistemático defeito de segurança capaz de colocar em risco a incolumidade da sociedade de consumo, a culminar no desrespeito à dignidade da pessoa humana, no desprezo à saúde pública e no descaso com a segurança alimentar. 5. Recurso especial provido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 1395647/SC. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 19/12/2014).

equiparada à figura do “não-dano”, seria construída como se não houvesse dano efetivo a ser indenizado no caso, mas este dificilmente é o caso. Ela é geralmente invocada quando é, em certo sentido, evidente que a parte sofreu uma perda e teve seus direitos de natureza subjetiva e existencial violados, mas o tamanho dessa violação, em sentido pragmático, não comporta o uso dos mecanismos de reparação de danos.

A observação importante a ser feita é que a categoria foi construída exclusivamente através da doutrina, sem grandes aportes teóricos, mas consolidada fortemente pela jurisprudência – e, em certo sentido, utilizada de forma indiscriminada. Nada no Código Civil ou legislação ordinária permite a interpretação no sentido diverso do binômio “dano” e “não-dano”, o que levo o recurso à uma categoria intermediária a ser uma solução claramente limitadora das pretensões indenizatórias dos indivíduos.

Tal categoria se alastrou de forma tão acentuada que também movimentou as reações à questão, tanto em nível político – como as campanhas, no seio de Conselhos Seccionais da OAB defendendo que o “mero aborrecimento têm valor” –, quanto no nível acadêmico, chegando-se a discutir uma possível inversão da lógica do embate à indústria do dano moral e passando-se a cogitar a hipótese de uma “indústria do mero aborrecimento”. Neste sentido, afirma Amanda Flávio de Oliveira:

> A verdade é que pode ter sido criada a ‘indústria do mero aborrecimento’ no Brasil. O Judiciário nacional, ainda que não o perceba, pode estar enviando estímulos ao mercado de que vale a pena ser negligente com os consumidores ou descuidado com os produtos e serviços que fornece. Do ponto de vista da competitividade entre as empresas, esse incentivo pode ser nefasto, muito mais do que o da alegada ‘indústria do dano moral’. É sabido que fornecer produtos e serviços seguros e de boa qualidade custa caro. É igualmente notório que o custo de se respeitar os padrões da lei é repassado no preço. Contudo, se o desrespeito não é punido economicamente, o produto inseguro e de qualidade duvidosa se torna mais barato e tende a ganhar mercado por esse motivo (OLIVEIRA, 2016)

Pode-se evidentemente problematizar os efeitos práticos da aplicação desta categoria, suas mensagens para o mercado e a forma como inferioriza os interesses legítimos dos indivíduos a pretexto de evitar uma possível “indústria dos danos morais” (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, p. 95-97). Porém, para efeitos deste artigo, a problemática deve ser posta

em termos de segurança jurídica e garantia de proteção das expectativas legítimas dos indivíduos quanto ao Direito de Danos.

A questão especificamente problemática com a categoria do mero aborrecimento é que seu uso menospreza as expectativas legitimamente formuladas entre litigantes bem informados e de boa-fé. A aplicação da categoria pelo Judiciário acaba – por senso comum – assumindo que o preconceito de que os litigantes que enriquecer e lucrar indevidamente com as situações de dano[5]. Tal postura, porém, ignora que estes litigantes possam, de boa-fé e informados pelo direito que conhecem pela legislação e precedentes que observam na mídia, formular uma expectativa legítima de ver protegido direito seu violado.

A questão aqui não apenas de segurança jurídica, mas também de respeito aos interesses e às expectativas formadas diante do direito, geralmente deixadas de lado na análise judicial em favor de soluções pragmáticas e que acabam por dar descrédito ao Judiciário quanto à pacificação dos conflitos levados à discussão.

A crítica à categoria passa, portanto, pela observação de que seu caráter limitador foi possibilitado diante da incerteza. A abertura do sistema de cláusula geral de determinação dos danos acaba por permitir uma incerteza na qualificação de uma situação fática como "dano" ou "não-dano" e permite, por conseguinte, a formação de categorias híbridas cujo enquadramento é ainda mais problemático, sem que sua formulação viole drasticamente e frontalmente o sistema. Esta permissividade à discricionariedade judicial entrega poder demais nas mãos da figura do juiz na análise da questão fática e permite menosprezar ou diminuir a importância dos interesses que os litigantes legitimamente formulam com base em seus direitos.

Além disto, outro problema é posto, conexo ao anterior. O uso da categoria do "mero aborrecimento" introduz mais um elemento de avaliação, e com isso insere também mais um momento de abertura para a subjetividade do julgador. Diante de uma situação de violação a um interesse, a cláusula geral do dano moral já abria espaço para o afastamento da reparação por este interesse não ser protegido pelo sistema (inexiste dano quando o interesse não é protegido). Agora, com a introdução desta categoria do "mero aborrecimento", abre-se mais um espaço para afastamento da reparação pela baixa gravidade da violação ao interesse protegido. É uma dupla possibilidade de desconstituição do dano. E este segundo espaço é ainda mais amplo, pois não possui parâmetros legais correspondentes para definir qual o liame da "situação comum" ou "fato da vida".

[5] Atente-se, inclusive, que pouco importa a má-fé ou boa-fé do litigante, ou seu interesse em enriquecer ou que seja feita justiça. O que interessa ao Direito de Danos é a reparação em caso de violação de determinados interesses protegidos.

5. CONCLUSÃO

No presente artigo tentamos mostrar como o modelo de cláusula geral adotado pela legislação brasileira deixa em aberto uma série de questões controversas fundamentais com relação ao dano moral. Tal abertura requer uma atitude positiva da doutrina e da jurisprudência pátria que nem sempre rumam no sentido da proteção dos direitos dos indivíduos e de suas expectativas legitimamente produzidas.

Buscamos mostrar como existe uma relação direta entre o modelo de cláusula geral e a dificuldade de visualização dos interesses protegidos pela legislação, que implica em uma dificuldade de definição das situações de ocorrência de danos morais em casos concretos. Além disto, contribui substancialmente para a construção de uma categoria limitadora do dano moral, o "mero aborrecimento".

O maior prejudicado neste caminho é o cidadão comum, o jurisdicionado ordinário, que se guia pelo direito e a partir dele cria uma série de expectativas legítimas com relação a como orientar-se e quais direitos possui, incluindo aí o direito a ver reparadas as violações aos seus interesses existenciais.

Não se quer aqui postular uma mudança completa no modelo legal brasileiro, que rume para um modelo mais fechado, próximo ao modelo de *torts* da *Common Law*, por exemplo, nem se procura em algum sentido engessar a legislação, retirando sua abertura tão celebrada pelos doutrinadores adeptos do "neoconstitucionalismo" e do Direito Civil-Constitucional. Expor problemas e apresentar críticas à um modelo teórico não implica em destituir o valor e a qualidade deste modelo, mas nos serve como ponto de partida para o seu melhoramento.

O presente artigo não tem caráter propositivo, portanto. Buscamos apenas apontar para alguns ônus que o sistema tem que arcar quando assume o modelo como o de cláusula geral, bem como evidenciar algumas consequências perversas destes ônus. Não há necessidade de reformas drásticas no modelo para solução dos problemas apontados, mas o conhecimento deles e de uma das suas possíveis causas é o primeiro passo rumo ao enfrentamento devido do problema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Evolução dos Torts: do Trespass à Strict liability**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=79bdf6773fe52c08>. Acesso em 20.01.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1395647/SC**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 19/12/2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

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

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **A indústria do mero aborrecimento**. Conselho Federal da OAB (site), 2016. <http://www.oab.org.br/noticia/52130/artigo-a-industria-do-mero-aborrecimento>. Acesso em 20.01.2017.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vitor Penna; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, São Paulo, v. 26, n. 114, p. 75-99, nov./dez. 2017.

WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.