



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SÔNIA APARECIDA DA SILVA

**VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO: DANO MORAL DECORRENTE E VALOR
COMPENSATÓRIO CORRESPONDENTE**

**BARBACENA-MG
2015**

SÔNIA APARECIDA DA SILVA

**VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO: DANO MORAL DECORRENTE E VALOR
COMPENSATÓRIO CORRESPONDENTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Geisa Rosignoli Neiva

Co-orientador: Esp. Augusto Vinícius Fonseca e Silva

**BARBACENA-MG
2015**

Sônia Aparecida da Silva

**VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO: DANO MORAL DECORRENTE E VALOR
COMPENSATÓRIO CORRESPONDENTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Orientadora Geisa Rosignoli Neiva
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Co-orientador Augusto Vinícius Fonseca e Silva
Universidade Estácio de Sá - UNESA

Prof.^a Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

À minha família, a quem devo parte do que tenho e do que sou, agradeço a dedicação e amor recebidos sempre.

Aos meus amigos, de classe e de infância, pelo apoio ao longo do curso.

Agradeço aos meus professores, em especial a Prof^ª. Geisa Rosignoli Neiva, pela paciente e dedicada orientação, pela competência e amizade.

À professora Delma Gomes Messias, por participar da banca examinadora e pelos conselhos dados ao longo dessa trajetória.

Ao Dr. Augusto, pela oportunidade de estágio, orientação, incentivo e apoio.

Ao Dr. Ailton Felisberto, que torceu pela concretização dos meus estudos.

RESUMO

O Código Civil de 1916 buscava proteger os direitos e liberdades do indivíduo contra as ingerências do Estado, consagrando-se como verdadeira “constituição de direito privado”. A Constituição Federal de 1988 ao instituir fundamentos e objetivos, tais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social, alterou significativamente o Direito Civil brasileiro. Assim, o Código Civil de 2002 precisava afastar-se daquele individualismo preponderante no Código Civil de 1916 e aproximar-se dessa nova ordem constitucional. O objetivo foi analisar o impacto dessa mudança no direito contratual brasileiro. Dentro da nova ótica constitucional, passou-se a exigir das partes uma atuação em conformidade com a boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social do contrato. Neste estudo, ênfase maior deu-se ao princípio da boa-fé objetiva, por tratar-se de norma de conduta, cuja inobservância configura inadimplemento contratual denominado violação positiva do contrato. Surgiu, então, o questionamento: a violação positiva do contrato dá causa à compensação por dano moral? Após efetuar pesquisas em livros jurídicos e jurisprudências, foi possível concluir que, uma vez comprovada a violação positiva do contrato, com patente desrespeito ao seu conteúdo ético, será cabível a responsabilização da parte ofensora. Contudo, a fixação do valor de compensação por danos morais é tratada com parcimônia, já que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação pecuniária. A indenização possui caráter punitivo-educativo-repressor, não apenas reparando o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua de forma intimidativa para impedir perdas e danos futuros. Tudo, logicamente, permeado pelo bom senso, pela razoabilidade e segundo as nuances do caso concreto.

Palavras-chave: Direito Contratual. Violação Positiva do Contrato. Dano Moral. Valor de Compensação.

ABSTRACT

The Civil Code of 1916 existed in order to protect the rights and freedoms of the individual against state interference, devoting themselves as true "Constitution of Private Law". The Federal Constitution of 1988, by establishing foundations and goals such as human dignity, social solidarity, changed significantly the Brazilian civil law. Thus, the Civil Code of 2002 needed move away from that individualism so prevalent in the Civil Code of 1916 and approaching this new constitutional order. The aim was to analyze the impact of this change on the Brazilian contractual law. Inside of this new constitutional view, it has ordered the parts acting according the good objective faith, because it is the standard of conduct and a failure to set contractual default called positive contractual violation. Given these changes, the question arose: a positive violation of contract is able to cause moral damage? After researching on law books and analysing the precedents, the conclusion was, once the evidences were demonstrated, it is possible to consider the responsibility by who has injured or caused the damage. Nevertheless, the amount of money as a compensation is carefully treated, since the moral damage is not susceptible to pecuniary assessment. Indemnization has a punitive-exemplary aspect, not only fixing the damage, replacing it, but also works as an intimidative way of blocking future loss and new damages. Everything, of course, circled by good sense, by the reasonableness and as the peculiarities of the case.

Keywords: Brazilian Contractual Law. Positive Violation of Contract. Moral Damage. Compensation amount of money.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL: CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	10
2. O CONTRATO EM GERAL.....	13
3. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO	19
4. DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO	21
5. VALOR DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS	27
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar as modificações verificadas no bojo do Direito Civil brasileiro, de modo especial, no direito contratual, após a Constituição Federal de 1988, que instituiu fundamentos e objetivos, tais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social, através de um processo que a doutrina classificou como “constitucionalização do Direito Civil”.

No desenvolver deste trabalho, organizado em cinco seções, serão abordados a boa-fé, equilíbrio econômico e função social do contrato, elementos que passaram a nortear a conduta das partes quando da relação negocial. Todavia, ênfase maior deu-se ao princípio da boa-fé objetiva, por se tratar de norma de conduta, cuja inobservância configura inadimplemento contratual, que a doutrina convencionou chamar de violação positiva do contrato. Por decorrência, restando configurada a violação positiva do contrato é possível falar-se em dano moral.

Na primeira seção, serão traçadas breves linhas acerca do processo de transição do Código Civil de 1916, que buscava proteger os direitos e liberdades do indivíduo contra as ingerências do Estado, consagrando-se como verdadeira “constituição de direito privado” ao Código Civil de 2002, que deveria ajustar-se aos novos referenciais e valores da Constituição da República, em especial dos direitos e garantias fundamentais.

Na segunda seção, abordar-se-ão os aspectos relevantes dos contratos, traçando um paralelo entre o modelo contratual clássico, fundado na autonomia da vontade e em seus princípios correlatos e o modelo contemporâneo, cujo conceito não se restringe aos aspectos ligados à formação e à manifestação de vontade individual, passando a existir o recurso aos chamados “novos princípios – boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social”.

Na terceira seção, chega-se ao ponto crucial deste trabalho, qual seja apresentar conceitos e características deste novo gênero de inadimplemento contratual, violação positiva do contrato, que decorrerá não do descumprimento da prestação principal, mas, sim, da inobservância dos deveres anexos ditados pelo princípio da boa-fé objetiva.

Na quarta seção, dispor-se-á sobre o dano moral decorrente da quebra da boa-fé objetiva, já que a responsabilidade civil é o instrumento de proteção da pessoa humana e de sua dignidade.

E, por, último, serão apresentados os critérios de quantificação do dano moral.

Assim, por meio da pesquisa bibliográfica, embasada em doutrinas, no Direito Positivo e na jurisprudência, o presente trabalho mostra que, uma vez comprovada, no caso concreto, a violação positiva do contrato, com patente desrespeito ao seu conteúdo ético, será cabível a responsabilização da parte ofensora. Contudo, a fixação do valor de compensação por danos morais é tratada com parcimônia pela doutrina e pela jurisprudência, já que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação pecuniária.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL: CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Segundo Farias; Rosendal (2011, p. 63), o Código Civil de 1916 sofreu forte influência das codificações dos séculos XIX e XX, em especial do código Napoleônico (*Code de France*) e o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), cuja concepção era essencialmente individualista. Afirmam os autores que o Direito Civil defendia “os valores preconizados pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Reconhecia-se, assim, a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo à legislação privada nítida feição patrimonialista”.

No contexto em que estava inserido, o Código Civil de 1916 buscava proteger os direitos e liberdades do indivíduo contra as ingerências do Estado. O Código pretendia se consagrar como verdadeira “constituição de direito privado”.

Contudo, as transformações que se operam na sociedade, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, no âmbito econômico e social, reclamam mudanças jurídicas, exigindo do legislador uma alteração do ordenamento jurídico.

Assim, a partir do século XX, o individualismo exacerbado começa a perder força. Essa nova corrente chega ao Brasil a partir da década de 30, através de diferentes fenômenos, provocando uma maior intervenção do Estado na economia e restrição da autonomia privada, fenômeno conhecido como dirigismo contratual.

Os indigitados civilistas (2011, p. 49-50), caracterizam bem essa transição ao afirmar que “o ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas legítimas coletivas que lhe rodeiam. Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade e o intuito do titular do direito será recusado pelo ordenamento”.

Toda essa trajetória tem seu ápice com a Constituição Federal de 1988, através de um processo que os civilistas chamam de “constitucionalização do Direito Civil”, ou seja, a sujeição das normas e institutos do Direito Civil aos princípios e regras constitucionais.” De fato, valores constitucionais, como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, marcam decisivamente a mudança do Direito Civil contemporâneo”.

A nova ordem constitucional passou a definir princípios relacionados a temas antes reservados ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado,

passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.

O Código Civil de 2002 precisava, então, afasta-se dos valores (patrimonialismo e individualismo) tão preponderantes no Código Civil de 1916 e buscar novos referenciais, mais próximos e atentos aos valores da Constituição da República, em especial dos direitos e garantias fundamentais.

Concluem Farias; Rosendal que “o cidadão indiferenciado, que a Lei Civil de 1916 tomou por modelo, é, na pós-modernidade, cidadão qualificado e concreto, merecedor de proteção real. É o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, o deficiente físico, enfim, a pessoa humana!” Esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada é definido pelos doutrinadores como Direito Civil-Constitucional (ou Direito Civil constitucionalizado).

Negreiros (2006, p. 62), por sua vez, afirma que “muito mais que autonomia e liberdade individuais, o ordenamento civil [...] e a ordem contratual são instrumentos de realização existencial da pessoa humana – pelo que, sob pena de afrontar a constituição, o intérprete e aplicador do Direito devem dar primazia à realização existencial em detrimento da realização patrimonial”.

Farias; Rosendal (2011) corroboram o entendimento acima mencionado ao afirmar que, após a filtragem constitucional, é possível destacar como princípios basilares do Direito Civil:

i) a personalidade (revelando que todo ser humano é capaz de titularizar obrigações e direitos); ii) a autonomia da vontade limitada (pelo qual se evidencia o poder de praticar ou se abster dos atos que lhes prover, dentro de determinados limites); iii) a liberdade de estipulação negocial ou a autonomia privada regrada (explicitando a possibilidade de escolher o conteúdo e as categorias dos atos jurídicos praticados, respeitada a boa-fé objetiva e a função social do contrato); iv) a propriedade individual, cumprida a função social (exprimindo a possibilidade de constituir patrimônio); v) a intangibilidade e pluralidade familiar (querendo significar o equilíbrio entre a proteção da família e a dignidade da pessoa humana, constituindo os diferentes tipos de constituição de família uma verdadeira célula *mater* da sociedade e expressão imediata do ser); vi) a legitimidade da herança e direito de testar (decorrente do poder sobre os bens); vii) a solidariedade social (buscando conciliar as exigências coletivas com os interesses particulares). (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 96).

Essa mudança na ordem jurídica é sintetizada por Negreiros (2006, p. 11): “o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde antes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha força jurídica a solidariedade social”.

Assim, diversos institutos do Direito Civil tiveram de adequar sua estrutura e seu conteúdo aos novos fundamentos constitucionais fundados na dignidade da pessoa humana

(art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade (arts. 3º e 5º) e nos demais direitos fundamentais pertinentes. Análise especial se dará aos contratos, objeto de estudo do presente trabalho.

2. O CONTRATO EM GERAL

Negreiros (2006, p. 111), em sua obra *Teoria dos Contratos: novos Paradigmas*, afirma que “o contrato fundado na autonomia da vontade e em seus princípios correlatos é considerado o modelo clássico”. Em lado oposto, tem-se o modelo contemporâneo, “cujo conceito não se restringe aos aspectos ligados à formação e à manifestação de vontade individual, passando a existir o recurso aos chamados “novos princípios – boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social”. O desafio que se impõe é a reconstrução do sistema contratual, de forma a conciliar os princípios clássicos às novas diretrizes constitucionais.

A dimensão social conferida às relações contratuais ora aproxima o modelo clássico do modelo contratual, ora os repele. É o que diz Negreiros (2006):

Dever de informar, que, atuante na fase das tratativas, garante o exercício da liberdade contratual em condições aperfeiçoadas de autonomia, na medida em que o negócio será ou não concluído com base em uma melhor e mais completa apreensão da realidade. [...]

Princípio do equilíbrio econômico do contrato – isto é, o princípio do equilíbrio entre as prestações contratuais – a autorizar a revisão do ajuste entre as prestações contratuais com fundamento na desproporção entre as prestações a que as partes contratantes voluntariamente se haviam obrigado. Também aqui se vislumbra, *prima facie*, a antinomia entre a intangibilidade do conteúdo contratual e o princípio que proscree a lesão ou o que autoriza a modificação equitativa das condições do contrato a fim de evitar a sua resolução por onerosidade excessiva, conferindo ao juiz o poder de reformular os termos pactuados de forma a assegurar o equilíbrio entre as prestações assumidas. (NEGREIROS, 2006, p.112-113).

Ulhoa (2012, p. 42) afirma que a função social do contrato, amparada pelo art. 421, do Código Civil, também é cláusula geral do direito contratual. A cláusula geral da função social dos contratos prestigia interesses que extrapolam os dos contratantes, numa flexibilização do princípio da relatividade, na medida em que impede que sejam afetados negativamente pelo contrato quaisquer interesses públicos, coletivos ou difusos acerca dos quais não possam dispor os contratantes.

A extensão dos efeitos contratuais a terceiros em razão do princípio da função social possibilita a aceitação de tutela jurídica àquele que, mesmo sem vínculo contratual, tenha sido afetado negativamente pelo contrato.

A função social do contrato, nessa pegada, acaba sendo decorrência da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa previstas no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal. Neste sentido, afirmam Farias; Rosendal (2011):

Fruto dessa socialização das relações patrimoniais, apesar da histórica influência do princípio da autonomia da vontade, é certo que o Direito Civil – no Brasil, especialmente após a Carta Constitucional de 1988 – sofre alterações significativas

no seu conteúdo valorativo. É que, como já dissemos noutra sede, a socialidade da norma civil ou a função social do direito civil “consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes das relações jurídicas – bem como entre eles e a sociedade –, a fim de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem (fim) comum da relação jurídica”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 97).

Desse modo, para fazer valer o interesse coletivo, a justiça social, a dignidade da pessoa humana, reduzir as desigualdades entre as partes e reequilibrar o pacto negocial, o Estado intervém na atividade contratual, por meio de leis específicas. Soma-se à interferência estatal a atuação do juiz ao julgar o caso concreto. Tal intervenção é denominada *dirigismo contratual*. Nesse sentido, Theodoro Júnior (1993) afirma que:

Por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de “dirigismo contratual”, onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las. (THEODORO JÚNIOR, 1993, p. 147).

Concretiza-se essa função social do contrato pela intervenção estatal através da lei (num plano abstrato, *a priori*, conformando e norteando a vontade dos contratantes), e através dos juízes, num plano seguinte, concreto, posterior, em que restou violada aquela cláusula geral da boa-fé, ensejando, assim, o dirigismo estatal-judicial para que seja restabelecida aquela norma.¹

Logo, é possível afirmar que o contrato encerra uma série de atividades encadeadas (da fase prévia à fase pós-contratual), a cargo dos contratantes, visando, ao final, à concretização do objetivo negociado, sempre à luz da mútua proteção e da observância dos princípios contratuais.

Nessa trilha, o instituto das “obrigações” passa a ter novo verniz, consoante explicam Tepedino; Schreiber (2008):

Ao lado de sua estrutura, a relação obrigacional deve ser observada sob o aspecto dinâmico e funcional, ou seja, como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção a um determinado fim econômico e social. O direito contemporâneo, atento a este aspecto dinâmico da obrigação, reconhece que, mais que garantir a vinculação aos termos expressos de um dado negócio jurídico, mostra-se importante assegurar às partes a obtenção do fim econômico e social, razão e justificativa da relação obrigacional. Por este motivo, exige-se que as partes atuem em conformidade com a boa-fé objetiva, com lealdade e confiança

¹ MIRAGEM, Bruno: Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual. Claudia Lima Marques (coord.). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007, p. 202.

recíprocas, colaborando em prol do objetivo comum. Trata-se da cláusula geral de boa-fé objetiva, que funciona como *standart* de comportamento para as partes de toda relação obrigacional. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 17).

Nessa linha de raciocínio e porque o contrato é espécie – senão a mais emblemática – de negócio jurídico, acaba sofrendo a influência direta da boa-fé objetiva (*treu und glauben*).

Com o Código de Civil de 2002, também conhecido como Código Reale, trouxe como *mens legis*, em razão de seu idealizador (Miguel Reale), a teoria tridimensional da norma, vale dizer, em resumo, toda e qualquer interpretação jurídica deve valer-se, além dos fatos e das normas, dos valores vigentes em determinada sociedade. (ARAÚJO, 2014).

Chega-se, por decorrência, na cláusula geral de boa-fé objetiva, a qual não é identificável de antemão, mas, nas lições de Fabrício Simão da Cunha Araújo, é informada por valores extrajurídicos vigentes em determinado momento histórico-social, a partir de um caso concreto e suas peculiaridades, implicando invariavelmente e em última análise na exigência de conduta conforme o imperativo ético ditado pela consciência de todos e de cada um, isto é, para se chegar a um tal comportamento desejado, basta que o indivíduo faça ao outro aquilo de que gostaria lhe fosse feito ou não fazer ao outro aquilo de que não gostaria que lhe fosse feito. (ARAÚJO, 2014).

A boa-fé objetiva pressupõe, então, uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta, padrões de comportamentos exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*, reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado. (ROSENVALD, 2007).

De acordo com Amaral (2003, p. 425), pela boa-fé objetiva quer-se buscar “a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probó, honesto, que traduz um dever de lisura, correção e lealdade”.

Especificamente no âmbito contratual, tem-se, segundo Negreiros (2006), que:

O princípio da boa-fé representa o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos. (NEGREIROS, 2006, p. 116).

Loureiro (2002, p. 70) ratifica que “a boa-fé objetiva se caracteriza pela imposição de deveres; expressa a lealdade, a honestidade, a probidade e a confiança em um comportamento.

A parte, em todas as fases do contrato, portanto, tem o dever de agir com honestidade e lealdade”.

A boa-fé objetiva, aliás, deita raízes na própria Constituição Federal da República ou, segundo informa a citada Teresa Negreiros, “mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica”. (NEGREIROS, 2006).

Rosenvald (2007) faz estribilho, ao afirmar que:

Transportando o princípio da solidariedade para as relações obrigacionais (...), temos que o ordenamento apenas reconhecerá a titularidade de um crédito enquanto este interesse atender às razões de natureza coletiva, garantidas mediante os limites internos das cláusulas gerais, sobremaneira às de diligência e boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade. (ROSENVALD, 2007, p. 175).

E, para os ainda pouco familiarizados com o instituto da boa-fé objetiva, que encontram lamentavelmente ainda encharcados de reprovável misoneísmo, pois que presos ao vetusto Código de 1916, calha trazer à baila as seguintes lições de Clóvis do Couto e Silva, bem citadas pela magistrada gaúcha Clarissa Costa de Lima (2007):

O princípio da boa-fé endereça-se, sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos fatos novos, exercendo um controle corretivo do direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando “o direito do caso”. O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. Por ser independente da vontade, a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, permitindo-se “construir” objetivamente o regramento do negócio jurídico, com admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes. Essa concepção objetiva da relação obrigacional assemelha-se, muito embora a diversidade conceitual, à interpretação objetiva da lei. (LIMA, 2007, p. 527-528)².

Tal assertiva encontra amparo no art. 422 do Código Civil de 2002, que preceitua que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. E, ainda, no artigo 113, do mesmo diploma legal, que dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Rosenvald (2007, p. 100) ao citar Nelson Nery Júnior, diz que estão compreendidas no

² Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. Coord. Cláudia Lima Marques. SP: RT, 2007, p. 527 e 528.

artigo 422 “as tratativas preliminares, antecedentes ao contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. Com isso, os contratantes – ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato e os ex-contratantes também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais)”.

É tríplice a função da boa-fé objetiva, como se extrai de autorizada doutrina de Martins-Costa (2000): a) função otimizadora do comportamento contratual segundo padrões éticos e de lealdade; b) função limitadores de exercício de direitos subjetivos; c) função de reequilíbrio do contrato.

Outros há, porém, que acrescentam uma função interpretativa e uma função integrativa ao instituto, o que nos leva à conclusão de que tais funções não podem ser vistas de forma estanque, sob pena de se reduzir o alcance que realmente tem enquanto cláusula geral que sobrepára pelo ordenamento jurídico, passível de aplicação conforme o caso concreto. Não se pode, pois, engessar algo que por sua própria natureza plástica, amoldável à situação que é posta concretamente. (ROSENVALD, 2007).

Escorreita a colocação de Farias; Rosenvald (2011) ao afirmarem:

O princípio da boa-fé é justamente dotá-lo de sentido técnico, torná-lo menos fluido, para que não sobeje apenas como referência ética e metajurídica sem qualquer concretização no plano operacional. Essa edificação do princípio por intermédio de uma constante atuação dos tribunais não poderá ser elaborada no que tange aos conceitos de bons costumes e de função social ou econômica dos direitos, em face das razões já apontadas. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 744).

Note-se que a incidência do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro é matéria já solidificada. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Sanseverino, no recurso especial nº 1.192.678³, decidiu que é preciso “analisar a controvérsia na perspectiva dos princípios gerais que orientam todo o sistema jurídico de Direito Privado, em particular o princípio da boa-fé objetiva”:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. NOTA PROMISSÓRIA. ASSINATURA ESCANEADA. DESCABIMENTO. INVOCAÇÃO DO VÍCIO POR QUEM O DEU CAUSA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOSSINTETIZADA NOS BROCARDS LATINOS 'TU QUOQUE' E 'VENIRE CONTRAFACTUM PROPRIUM'. 1. A assinatura de próprio punho do emitente é requisito de existência e validade de nota promissória. 2. Possibilidade de criação, mediante lei, de outras formas de assinatura, conforme

³ Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22831131/recurso-especial-resp-1192678-pr-2010-0083602-0-stj/inteiro-teor-22831132>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

ressalva do Brasil à Lei Uniforme de Genébra. 3. Inexistência de lei dispendo sobre a validade da assinatura escaneada no Direito brasileiro. 4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente. 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa. 6. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos 'tuquoque' e 'venire contra factum proprium', segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé⁷. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.⁸ RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

Verifica-se do até então exposto existir diferença entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.

Negreiros (2006, p. 119) afirma que a boa-fé subjetiva é “uma situação ou fato psicológico. Sua caracterização dá-se através da análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar”. A boa-fé objetiva, por sua vez, constitui norma de conduta, impondo às partes o cumprimento de deveres, obriga a um certo comportamento, ao invés de outro, obriga a colaboração. A autora afirma que “o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido de recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência do contrato celebrado”. A boa-fé objetiva relaciona-se, portanto, com a honestidade, lealdade e probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento.

Araújo (2014) ratifica:

Bonfante, abordando a boa-fé pela sua concepção subjetiva destaca que a *bona fides* seria a ausência total de todo o espírito lesivo no ato do agente, ou, em outras palavras, a ausência da vontade de prejudicar a outrem. Ao discorrer sobre a boa-fé subjetiva no direito privado, Judith Martins Costa esclarece que: a expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se subjetiva justamente porque para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. A boa-fé subjetiva, portanto, seria a boa crença (a *Guten Glauben* do direito alemão), ou seja, um estado de ignorância ou desconhecimento quanto à situação jurídica e as consequências lesivas de determinada conduta ao direito de outrem. (ARAÚJO, 2014, p. 13).

Feitas essas considerações, passa-se ao tópico seguinte, no qual se tratará da quebra da boa-fé objetiva.

3. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Pressupõe a análise da violação positiva do contrato que se tenham algumas linhas sobre o que se convencionou chamar de ato emulativo, caracterizando o abuso do direito, segundo artigo 187, do Código Civil de 2002.⁴

Farias; Rosendal (2011, p. 74), afirmam que “o verdadeiro critério do abuso do direito, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.”

Ao trazer o princípio da boa-fé objetiva para o bojo da relação contratual, alargou-se o conceito de adimplemento contratual. Adimplir significa atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, quer sejam aqueles ligados à prestação propriamente dita, quer sejam aqueles ligados à proteção dos contratantes ao longo do processo obrigacional.

Analisando o inadimplemento da obrigação com base na prestação principal, é possível a seguinte classificação: inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo, também denominado mora.

Há, porém, um terceiro gênero de inadimplemento que decorrerá não do descumprimento da prestação principal, mas, sim, da inobservância dos deveres anexos ditados pelo princípio da boa-fé objetiva. Ocorre quando alguém abusa de um direito, exercendo-o emulativamente.

Pretende-se, nesta seção, traçar as principais características deste novo tipo de inadimplemento contratual.

Uma vez estabelecido o vínculo obrigacional entre as partes, espera-se que haja o comprometimento de se evitar danos, quer nas suas pessoas, quer nos seus patrimônios.

Se, todavia, um dos negociantes vem a agir de modo contrário à boa-fé objetiva, empregando expediente contrário à lealdade e à proteção esperadas pelo parceiro, com perfídia à confiança depositada no parceiro contratual, dá-se o inadimplemento que a doutrina chama de “violação positiva do contrato”. A esse respeito, Farias; Rosendal (2011):

Com supedâneo na abstração e generalidade do princípio da boa-fé, alarga-se o conceito de abuso do direito e, a reboque, o conceito de adimplemento contratual. Adimplir, doravante, significará atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, abarcando tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita, como

⁴ Art.187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

àqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento do processo obrigacional. O descumprimento dos deveres anexos provocará inadimplemento, com o nascimento da pretensão reparatória ou o direito potestativo à resolução do vínculo.

Apesar de variações doutrinárias, os deveres laterais podem ser classificados em três categorias: deveres de proteção, informação e cooperação. Os deveres de proteção relacionam-se ao acautelamento patrimonial e pessoal da contraparte. Surgem com muita frequência na responsabilidade pré contratual, quando ainda não há um dever de prestação, mas já se exige um cuidado com a integridade do eventual parceiro. Já os deveres de cooperação pressupõem que as partes não pratiquem atos capazes de frustrar as finalidades materializadas no contrato. Isto é, pede-se um comportamento leal entre os contraentes, para que possam ser alcançados os objetivos convencionados (v. g., dever de sigilo e de não-concorrência). Enfim, os deveres de informação obrigam cada contratante a conceder ao outro amplo conhecimento acerca dos fatos relacionados ao objeto do contrato, para que todas as decisões possam ser fruto de uma vontade livre e real. Em resumo, os deveres laterais alcançam todos os interesses conexos à execução do contrato. Excluem-se de seu âmbito todos aqueles deveres que não possam ser relacionados como necessários à realização da prestação. A lesão aos deveres genéricos de proteção, informação e cooperação repercute na chamada violação positiva do contrato. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 771).

Contudo, a violação positiva do contrato não permite se possam antever as consequências jurídicas daí decorrentes, como acontece com o inadimplemento absoluto, aquela prevista no artigo 389, do Código Civil⁵, exatamente por ser impossível estipular, de antemão, as situações e circunstâncias fáticas em que pode ocorrer.

Segundo Farias; Rosenvald, “enquanto o inadimplemento absoluto e a mora concernem ao cumprimento do dever de prestação, a violação positiva do contrato aplica-se a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal – mais precisamente, o inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos”.

Prosseguem os doutrinadores (2011, p. 773): a categoria da violação positiva do contrato é criação doutrinária, cuja inspiração encontra raízes no *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão, o BGB de 2001/2002), que estabelece que “compete ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional o dever de indenizar”; o § 324 permite, perante a violação de um dever proveniente de relação obrigacional, a resolução do contrato pelo credor”.

Neste compasso, leciona Ulhoa (2012, p. 40) que, em se tratando de violação positiva do contrato, “a jurisprudência tem a função de delimitar os contornos daquele âmbito” e, por se tratar de uma cláusula geral, “sempre haverá margem para o juiz considerar uma conduta como alcançada ou não pelo preceito, em razão da vaguidade proposital da expressão usada

⁵ 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.

pelo legislador”.

Na visão de Farias; Rosenvald (2011):

A violação positiva do contrato como rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo obrigacional ou, mesmo, à oposição da *exception non adimpleti*, inclusive com todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 773).

Quando da análise do caso concreto, leciona Leal (2014) que:

A sensibilidade do julgador se reveste de inteira importância, não só no reconhecimento das situações de violação positiva, mas na atribuição das respectivas consequências jurídicas. Este raciocínio depreende-se da caracterização da boa-fé objetiva como cláusula geral, com elevado grau de indeterminação tanto de conteúdo, quanto de consequências. (LEAL, 2014, p. 12).

Portanto, continua esse eminente doutrinador por último citado:

Quando da análise de casos concretos pelo magistrado, a boa-fé objetiva funciona como um parâmetro, um padrão de comportamento que deve ser confrontado com o comportamento dos sujeitos da relação obrigacional em questão. Sendo assim, terá agido de boa-fé o contratante que agiu conforme os *standards* éticos e sociais exigidos”, ou seja, “a conduta, objetivamente considerada, servirá como elemento de análise. Se for compatível com os padrões éticos acima referidos, o contratante terá agido de boa-fé. Caso contrário, caracterizada estará a má-fé. (LEAL, 2014, p. 12).

Poderá haver violação a direito da personalidade, ensejando compensação respectiva, por violação positiva do contrato? É o que será visto adiante.

4. DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

É certo preconizar, na esteira da doutrina civilista moderna que:

O dano à confiança é uma ofensa a deveres que concretamente pertencem a uma relação obrigacional, mas não se vinculam imediatamente à prestação. Ela surge do fato de o lesado expor a sua pessoa ou os seus bens à intromissão da outra parte e, nesse sentido, 'lhes confiar'. Surge uma responsabilidade especial lateralmente ao descumprimento dos deveres fundados na relação prestacional dominante. Funda-se entre as partes uma ordem especial de proteção de seus bens pessoais e patrimoniais que suplanta o mandamento genérico do *neminem laedere*, aplicável a tutela geral e a indiferenciada convivência social, pois aqui há uma pessoa que confiou, de fato, na correção do comportamento da outra parte. (FARIAS; *et al*, 2014, p.107-108).

No direito obrigacional, há dois deveres distintos: um dever jurídico originário (*schuld* – dever do devedor em realizar a prestação), cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário (*haftung* – direito do credor), que é indenizar o prejuízo. Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor a violação de um dever jurídico originário.

Segundo Moraes (2006, p. 239) “a responsabilidade civil consiste justamente na imputação do evento danoso a um sujeito determinado, que será, então, obrigado a indenizá-lo”.

Esta mesma doutrinadora carioca conceitua dano moral como “lesão à dignidade da pessoa humana”. Haverá dano moral sempre que houver lesão a algum dos aspectos que compõem a dignidade humana, isto é, “violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana”. (MORAES, 2006, p. 247).

Por sua vez, para Pereira (1996, p. 54), o dano moral é “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc”. Entretanto, alerta o Desembargador Sérgio Cavalieri Filho (2003) que:

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 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. Assim, (...), dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 99).

À vista disso, conclui-se que a responsabilidade civil é instrumento de proteção da pessoa humana e de sua dignidade. Afirmam Farias; Rosenvald (2011, p. 204) que “deve-se buscar a tutela da personalidade (natural ou jurídica) em sentido amplo, como especificação de um direito mais amplo: à vida, à saúde e à busca da satisfação social (constitucionalização dos direitos personalíssimos, socializados pela Carta Magna)”.

Cite-se, a propósito, o Enunciado n. 24 do Conselho da Justiça Federal: “em virtude do princípio da boa-fé objetiva, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”, vale dizer, “a responsabilidade civil decorrente desta espécie de inadimplemento não corresponde a um simples ilícito culposos, mas a uma responsabilidade pela confiança”.⁶

Então, pergunta-se: o inadimplemento contratual dá causa à compensação por dano moral? Moraes (2003, p.163) responde:

De fato, não há quem não se aborreça, seriamente inclusive, por ocasião da quebra de expectativa na relação contratual, cuja culpa, aliás, é presumida como sendo do devedor inadimplente. No entanto, e estranhamente – dado o seu posicionamento já histórico em relação ao progressivo alargamento das hipóteses de ressarcimento –, não tem o STJ considerado, em regra, esse tipo de desgosto como gerador de dano extrapatrimonial.⁷

Porém, ressalva essa mesma professora:

Se se tem dano moral, porém, o entendimento de que só a lesão à dignidade da pessoa humana – em seus principais substratos, isto é, a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade –, pode a ele dar ensejo, resolve-se

⁶ FARIAS, Cristiano; *et al.* *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, V. 3, p. 106.

⁷ *Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. RJ: Renovar, 2003, p. 163. A propósito, o seguinte julgado desta egrégia Corte Federal: REsp 202564, 4.^a T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.8.2001, DJ 01.10.2001. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE AUTOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA EM REGRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVA.EFEITO INTERRUPTIVO. MEDIDA PREPARATÓRIA DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. CPC, ARTS. 219 E 846. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - 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 tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais. II - Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, a cautelar de antecipação de prova interrompe a prescrição quando se tratar de medida preparatória de outra ação, tornando inaplicável, nesses casos, o verbete sumular nº 154/STF, editado sob a égide do CPC/1939.(STJ - REsp: 202564 RJ 1999/0007836-5, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 02/08/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/10/2001 p. 220 RDR vol. 21 p. 386 RSTJ vol. 152 p. 392 RT vol. 798 p. 213)

trivialmente a questão. Dificilmente um contrato não cumprido chega a atingir tal profundidade. Se, porém, a alcançar, haverá direito à indenização.⁸

Cahali (1999) é taxativo em responder positivamente à pergunta:

No Direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do dano moral tanto originário de obrigação contratual, quanto decorrente de culpa aquiliana, uma assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo; o direito à reparação pode projetar-se por áreas as mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual: assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor, quanto entre o caluniador e o caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente, com o ofensor. (CAHALI, 1999, p. 462).

Realmente, a matéria relativa ao dano moral decorrente de quebra de contrato deve ser analisada com parcimônia, porque não amalgamada àquele conceito básico do instituto.⁹

Há, então, que se ter em conta a dignidade da pessoa humana, em sua vertente de solidariedade. Registre-se:

A nosso ver, esta forma de delineamento da dignidade é profícua, na medida em que impede uma conceituação minimalista do dano moral, como a configuração de uma ofensa a direitos da personalidade. De fato, ofensas ao corpo, alma e intelecto da pessoa podem ser compreendidas no âmbito dos atributos essenciais da integridade física, moral e psíquica. Mas o dano extrapatrimonial não se exaure nesta perspectiva de direito privado, pois existem direitos fundamentais como a liberdade, igualdade e solidariedade, que não se inserem no catálogo aberto de direitos da personalidade, mas são inequívocas projeções da dignidade da pessoa humana.¹⁰

Dessarte:

Se o fato ilícito é um comportamento antijurídico e o dano moral é uma violação a um interesse extrapatrimonial digno de proteção pelo ordenamento, tanto faz se o ilícito foi produzido dentro de uma relação obrigacional ou fora dela. Ontologicamente, continua a ser um fato ilícito, sem que esta variação afete a sua natureza. A reação do ordenamento jurídico a uma ofensa a situações existenciais é um imperativo, independe da circunstância da vítima se encontrar contextualizada em um negócio jurídico. Avulta considerar que o sistema de direito civil deve reagir ao ilícito de modo a restaurar o equilíbrio econômico da vítima, que foi rompido pela lesão.

⁸ *Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. RJ: Renovar, 2003, p. 165.

⁹ “(...) 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”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 ed. SP: Malheiros, 2003, p. 99).

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Salvador: JusPodivm. 2014, Vol.3.p. 335.

Certamente, para alcançarmos este posicionamento, devemos nos despojar das posturas reducionistas que circunscrevem o inadimplemento no âmbito dos danos patrimoniais e apenas excepcionalmente aos danos morais. A melhor forma de abrir os horizontes do leitor é a partir da fundamental distinção entre a *patrimonialidade da prestação* e a *extrapatrimonialidade do interesse*. Toda prestação é suscetível de apreciação econômica e possui natureza patrimonial, porém a sua utilidade poderá significar interesses outros para o credor que em muito exorbitam os aspectos puramente pecuniários, a ponto de o inadimplemento afetar a sua saúde, integridade psíquica, relações afetivas e projetos de vida.

(...)

Por conseguinte, é no interno da referida fórmula: patrimonialidade da prestação extrapatrimonialidade da prestação, que seremos capazes de discernir os casos em que haverá merecimento de tutela na atribuição do dano moral pela violação contratual. A ponderação pedirá uma arguta análise das peculiaridades do caso concreto, a fim de que se possa extrair, para além do imediato interesse econômico, interesses outros relacionados à subjetividade do ofendido que não tenham sido atingidos pelo inadimplemento. (...)

(...) o dano moral obrigacional dispensa uma demonstração de uma violação a direitos da personalidade, sendo suficiente que se evidencie uma ofensa a interesses extrapatrimoniais dignos de merecimento à luz do ordenamento jurídico. Esta é a única maneira coerente de se atribuir unidade conceitual ao dano moral, compreendendo o ilícito negocial e o extranegocial, compartilhando os mesmos valores e padrões quantitativos para a delimitação da compensação dos danos. Uma coisa é admitir que frequentemente o descumprimento de uma obrigação não gera dano moral. Isto, todavia, não autoriza a restringir a compensação do dano moral quando ele se verifica, a ponto de dificultar ou mitigar a sua reparabilidade.¹¹

Nesse diapasão, consta do Enunciado n. 411 do Conselho de Justiça Federal que “o descumprimento de contrato pode gerar dano moral, quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988”.

Buarque (2007), eminente Desembargador do TJRJ, também dissertou a respeito:

Muitos apenas admitem, em casos excepcionais, a possibilidade de ocorrer danos morais na relação contratual. Neste sentido, o professor Sérgio Cavalieri, para que o mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configurem, isoladamente dano moral, pois que não agridem a dignidade humana. Daí porque os aborrecimentos que se verificam não são abrangidos pelo dano material. Mas ressalva o atento doutrinador que, se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza e gravidade, forem além do aborrecimento normalmente decorrente de perda patrimonial e vierem a repercutir na esfera da dignidade da vítima, vão configurar o dano moral. (BUARQUE, 2007, p. 109 e 110).

Os já citados Faria; Rosenvald (2006, p. 409), fazem estribilho ao afirmarem que, “caracterizado o inadimplemento de obrigação preexistente que tenha dado causa a lesão a direito da personalidade, não poderá o julgador se limitar a entender o evento como mero aborrecimento ou desconforto do credor. Certamente, existem aqueles casos em que o dano moral decorrente da violação do contrato é evidente e indiscutível”.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – *Responsabilidade Civil*. Salvador: JusPodivm. 2014, Vol.3.p. 356 e 358.

Conclui-se, portanto, ser possível falar em dano moral em caso de violação positiva do contrato.

Sobre o dano moral decorrente da violação positiva do contrato, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. PRELIMINAR. VIOLAÇÃO À REGULARIDADE FORMAL. INADMISSIBILIDADE. REJEIÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (EM RICHOCHETE OU REFLEXOS). PLANO DE SAÚDE. OBSTÁCULOS À COBERTURA DE LOCOMOÇÃO TERRESTRE (AMBULÂNCIA) E TRANSPORTE AEROMÉDICO. NEGATIVA INDEVIDA DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE ALTO CUSTO (TABELA PRÓPRIA). SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. RISCO DE MORTE. ESPOSO DA AUTORA VÍTIMA DE AVC. CONTRIBUIÇÃO PARA ATRASO DO ATENDIMENTO MÉDICO. POSTERIOR FALECIMENTO. FATO DO SERVIÇO. VIOLAÇÃO AOS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ. DESRESPEITO À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. CONDUTA INTOLERÁVEL. DANOS MORAIS. ARBITRAMENTO. - Tendo em vista que o embargante não precisa limitar-se na exposição das razões recursais ao fundamento adotado no voto minoritário, é idônea a remissão, na peça recursal, a argumentos distintos, ainda que diga respeito a ponto que restou ultrapassado pelo acórdão (eis que decidido de forma unânime), mas utilizado com intuito exclusivo de fragilizar a motivação encampada nos votos majoritários com vistas à prevalência do voto dissidente. - O arbitramento econômico do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato.¹²

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AREsp 647385, em 20/02/2015 e o REsp 1486739, em 29/04/2015, fundamentou a decisão no dever de respeito mútuo entre as partes, na incumbência de prestar informações claras e verdadeiras, para a perfeita consecução do negócio, de modo que uma conduta contrária ensejará o dever de indenizar:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. Direito do Consumidor. Contratação de Seguro. Informação deve ser clara e precisa em todas as fases contratuais. **Violação positiva do contrato.** Corolário da boa-fé objetiva. Indenização dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Impossibilidade de revisão do conteúdo fático-probatório. Agravo improvido.¹³

RECURSO ESPECIAL. Plano de saúde. Unimed. Legitimidade passiva. Acidente. Cranioplastia. Recusa indevida. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva. Cláusula restritiva. Abusividade. Cumprimento função social do contrato. Aplicação do CDC incidência das súmulas 7 e 83/STJ. Recurso não provido.

[...]

Dentre as várias características da sociedade de consumo contemporânea está a

¹² TJMG- Embargos Infringentes 1.0145.12.037446-0/002, Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia , 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/04/0015, publicação da súmula em 08/05/2015.

¹³ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 647.385 - SP (2014/0346418-3) RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE AGRAVANTE : TEMPO DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA ADVOGADO : NELSON ADRIANO DE FREITAS AGRAVADO : KATIA REGINA MENDES MARTINS ADVOGADO : MILTON MALUF JUNIOR

valorização dos aspectos imateriais, do fetichismo do consumo (ou da mercadoria, como prefere Marx), a partir de um símbolo, ou marca que tem por resultado ostentar ao consumidor e a terceiros certas qualidades ou características que se percebem como sendo positivas ou diferenciadoras de determinado produto ou serviço ou de quem o consome ou detém. Desde o ponto de vista do direito do consumidor, o fato de explorarem-se estes aspectos como um diferencial, estende para o fornecedor seus deveres decorrentes da confiança despertada. Daí falar-se na responsabilidade, ou em melhores termos, no dever de atendimento a expectativas de qualidade com fundamento na marca, a partir do princípio da boa-fé objetiva consagrado pelo direito do consumidor.¹⁴

E como quantificar tais danos? Esse é o tema a ser tratado a seguir.

¹⁴ RECURSO ESPECIAL Nº 1.486.739 - PB (2014/0257978-8) RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE : UNIMED JOÃO PESSOA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO ADVOGADOS : HERMANO GANDELHA DE SÁ E OUTRO(S) LEIDSON FLAMARION TORRES MATOS RECORRIDO : RANULFO FIGUEIREDO MARINHO ADVOGADO : FÁBIO ANTÉRIO

5. VALOR DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS

Segundo leciona Rosenvald (2001, p.130 e 131), “distinta é a natureza das pretensões por danos patrimonial e moral. Naquela, visa o lesado apenas ao ressarcimento, mediante a eliminação dos danos emergentes e lucros cessantes, com consequente recomposição material da situação anterior ao dano. Detém função de equivalência, mediante efetiva supressão de prejuízos”.

Prosseguindo com as ideias do supramencionado autor, diversamente, a pretensão ao dano moral detém, simultaneamente, caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, como duas faces de uma mesma moeda. O sofrimento é irressarcível, por ser impraticável a eliminação dos efeitos patrimoniais de uma lesão. Todavia, a vítima não pleiteia um preço por seu padecimento, porém uma compensação parcial da dor injusta com os valores percebidos, como forma de amenizar o seu sofrimento. A frustração da vítima será compensada por uma sensação agradável, capaz de anestesiar o mal impingido”.

Assim, conclui-se que o dano material é ressarcível, enquanto o dano moral é compensável.

Contudo, como não é o ponto central do presente trabalho, será tratado o tema da indenização de maneira ampla.

Os já citados Farias; Rosenvald (2011, p. 200) “afirmam que se configura o dano moral “pela simples e objetiva violação a direito da personalidade. Por isso, afirma-se que a prova desse dano moral é *in re ipsa*, isto é, ínsita no próprio fato, caracterizada pela simples violação da personalidade e da dignidade do titular. Até mesmo porque a dor, a vergonha, o desgosto, a aflição etc., é a eventual consequência do dano extrapatrimonial e não a sua essência, o seu conteúdo”.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial 602.401, assim se manifestou:

Quanto à ausência de prova da ocorrência de dano moral, tampouco assiste razão ao recorrente. De fato, a jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.¹⁵

O Código Civil de 2002, no título XI “Da responsabilidade Civil”, capítulo II “Da

15

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1100869&num_registro=200301942050&data=20040628&tipo=51&formato=PDF

indenização”, trata sobre a liquidação do dano, isto é, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. Diz o artigo 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

A fixação do valor de compensação por danos morais é tratada com parcimônia pela doutrina, já que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação pecuniária. Ademais, estabelecer termos e critérios quantitativamente exatos acerca do quanto a ser indenizado deve ser repudiado, uma vez que o fato danoso repercute no ânimo das pessoas em graus diferentes.¹⁶

Neste cenário, deixar ao arbítrio do juiz a fixação do montante indenizatório, acarreta diversas incertezas, posto que impossível que haja uma singularidade de decisões em todos os tribunais brasileiros, já que o valor da indenização será ditado pelas condições pessoais de cada magistrado. Segundo Santos (2003, p. 154) “o arbítrio prudencial jamais será afastado. Nem tem somente aspectos negativos. O que é propugnado é o aditamento de outros fatores, de outras pautas – tanto objetivas, como subjetivas”.

Prossegue o autor (2003, p. 162) dizendo que a indenização do dano moral, além do caráter compensatório, deve servir como sanção. “A determinação do montante indenizatório dever ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas”. O que se pretende é o equilíbrio entre o caráter punitivo do ressarcimento do dano moral e o caráter ressarcitório. A reparação do dano é vista pela vítima como ressarcitória e pelo autor do ilícito, como uma sanção.

Note-se que a indenização por danos morais deve representar uma advertência ao ofensor, de modo que o *quantum* fixado o impeça de cometer novas infrações danosas. Para o doutrinador, “o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral”.

Diante da dificuldade de fixar o quanto indenizatório, os tribunais brasileiros se valeram da Lei 5250/67 (Lei de imprensa) para avaliar o dano moral. A referida Lei fixa a

¹⁶ Não sem outra razão, afirmou Piero Callamandrei: “no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar? (Eles, os juízes, vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 175 e 176). Igualmente, a clássica lição de João Arruda: “lembrem-se os juizes, com a balança e o metro do mercador, nem com o lápis do guarda-livros, que se calculam em litígios desta natureza, as perdas da vítima. É também e, às vezes, é esse o único instrumento de medida adequado, com o coração do homem”. (O Damno Moral – Sua Indemnização. In: *Doutrinas essenciais: dano moral*. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 872)

responsabilidade civil conforme se verifica em seu artigo 51:

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos deste artigo:

a) os jornalistas que mantêm relações de emprego com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;

b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;

c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Trata-se do critério de tarifação, que é a fixação rígida, em lei, de um piso mínimo e de um teto máximo para o pagamento de determinadas infrações. Logo se percebeu que o sistema de tarifação não era a melhor solução, já que diante de situações diferentes a solução seria sempre a mesma. A fixação do quanto indenizatório não levaria em consideração a situação pessoal da vítima, tampouco a qualidade da ofensa e do ofensor. Nos dizeres de Santos (2003, p.170), “qualquer tentativa de tarifar a indenização do dano moral pode redundar em rotunda inconstitucionalidade. Para o jurista, “não existe possibilidade de por limitação à indenização do dano moral.”¹⁷

Assim o é, pois se revela incabível criar uma fórmula matemática para mensurar o dano moral, como bem adverte Luiz Ricardo Fernandes de Carvalho:

Cada indivíduo sente o fato gerador do dano de uma determinada maneira e intensidade. Por isso, não teve sucesso a doutrina que procurou fixar critério objetivo para sua mensuração.

Na análise da quantificação da indenização por danos morais, deve-se ter em mente a realidade social e cultural da localidade onde o dano ocorreu, bem como o âmbito de abrangência e incidência da indenização por danos morais vigente em nosso ordenamento jurídico.

Deve o magistrado sopesar o bem jurídico a que se pretende indenização com bens

¹⁷ Endossa essa posição Luiz Antônio Rizzatto Nunes: “realmente não há e não pode haver uma lei tarifando e limitando o dano moral pura e simplesmente, porque o dano moral tem que vir do caso concreto. Dano moral é dor, o sofrimento psíquico que alguém passa; é impossível, a priori dizer quanto se vai sofrer, pois a dor varia de pessoa para pessoa, caso a caso. Ele vai ser fixado no processo judicial.” KINPORA, Lucas Kouji. *Dano Moral e a determinação do valor da indenização*. In: *Doutrinas essenciais – dano moral*. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 728.

outros, componentes da mesma esfera de interesses, *in caso* bens atinentes aos direitos da personalidade do qual faz parte o dano moral, a fim de se chegar ao *quantum*, se não justo, pois a verdadeira justiça o homem jamais será capaz de alcançar, o mais próximo possível da concepção de justiça num determinado contexto social.¹⁸

Adverte o civilista Santos (2003, p.172) que o valor da indenização deve ser eficaz. “Os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensão de validade universal, de mensuração do dano à pessoa”. O ressarcimento de danos extrapatrimoniais não pode ser fixado tal como ocorre com a valoração relativa aos danos patrimoniais.

Diante do cenário que se forma, Santos (2003, p. 186) sugere que deve o juiz atentar para as seguintes circunstâncias: “a) grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; c) capacidade econômica do causador do dano; d) condições pessoais do ofendido”.

Por sua vez, o ilustre Ministro do STJ, Paulo de Tarso Sanseverino, pontuou mais critérios: a) gravidade do fato em si e consequências para a vítima (dimensão do dano); b) intensidade do dolo ou grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) condição econômica do ofensor; e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).¹⁹

Seja como for, o certo é que o valor de compensação dos danos morais há de ser fixado dentro de um padrão de equilíbrio que, por vezes, diante de uma situação concreta, é difícil alcançar, mas é imperioso que assim o seja. Noutras palavras, “o valor dos danos morais não pode ser tão alto a ponto de acarretar enriquecimento sem causa do autor ou de arruinar financeiramente o réu e nem pode ser tão baixo a ponto de não penalizar o réu permitindo que ele reitere a ofensa praticada ou não repare o dano sofrido pelo autor”.²⁰

¹⁸ *Indenização por danos morais: quantum*. In: *Doutrinas essenciais: dano moral*. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 836.

¹⁹ FURRIER, Fábio Luis. *A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório*. In: *Doutrinas essenciais – dano moral*. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 653.

²⁰ GOUVÊA, José Roberto Ferreira; SILVA, Vanderlei Arcanjo da. *A quantificação dos danos morais pelo STJ*. In: *Doutrinas essenciais – dano moral*. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 690. Bem por isso, Caio Rogério da Costa Brandão foi taxativo em afirmar que “não se pode estabelecer um parâmetro de valoração somente em benefício da vítima, como também não somente em benefício do réu, ou seja, tem que haver a responsabilidade de um em prol da satisfação do outro, contudo com equilíbrio, através de uma razoabilidade, para não se incorrer em indenizações exorbitantes e nem ínfimas, com valores extremamente irrealistas, através de uma prejudicada condenação.” (*Dano Moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva*. In: *Doutrinas essenciais – dano moral*. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 751). Luiz Rodrigues Wambier tem posição um pouco mais radical a respeito: “dado o caráter de pena de que efetivamente se reveste a condenação em indenizar, melhor seria que o causador do ato feio fosse

Cumpra ressaltar que Santos (2003), em sua obra, afirma que o juiz, no momento de fixação do quanto indenizatório, poderá se valer do que já foi decidido por outros tribunais, estabelecendo comparações. Para o autor:

O precedente judicial consolidado, surgido de uma reiterada decisão em casos similares, assinala os valores básicos de onde deve partir a avaliação, para, depois, ajustar-se às circunstâncias do caso concreto. Assim, haverá muito menos sentenças díspares e mais objetividade na mensuração, contribuindo para dar maior segurança jurídica aos partícipes do drama judiciário. (SANTOS, 2003, p. 192).

Dessarte, as questões relativas ao *quantum* fixado por compensação por danos morais suplantam o mero interesse individual e mostram-se, hoje, nitidamente de ordem social, pública mesmo. É preciso que se restaure a ordem e o império da lei, o que se consegue apenas com a ação de autoridade (*jus imperii*) sobre todos, indistintamente, com o escopo de se lhes regular ou modificar a ação. Só assim é que a ordem pública poderá significar a expressão da situação de tranquilidade e normalidade, cabendo ao Estado-Juiz assegurá-la e às instituições e a todos os membros da sociedade contribuírem para seu alcance, de acordo com as normas jurídicas legalmente estabelecidas.

Nesse sentido, o acerto da conclusão a que chega o citado Santos (2003), segundo quem, se não se pode permitir que a vítima lucre com o fato lesivo:

Mais irritante é que o ofensor seja quem lucre mais pelo fato lesivo e que, ademais, permaneça em situação que nada o impede (a ele e a outros) reiterar a atividade nociva. Ante o dilema entre danos lucrativos e culpas lucrativas, nos inclinamos contra essas últimas, que são mais negativas, porque estão cimentadas na causação de um prejuízo que não foi merecido e que é rentável para o ofensor. Se a indenização não contém um ingrediente que obstaculize a reincidência no lesionar, se não são desmanteladas as consequências vantajosas de condutas antijurídicas, se renuncia à paz social. A prevenção aos prejuízos, que constitui um objetivo essencial do direito de danos, ficaria como enunciado lírico, privado de toda eficácia.

E arremata, afirmando que:

O repetidor, que não se cansa de irrogar a terceiros conduta que, em sua gênese, origine danos morais, deve pagar mais do que aquele que somente por acaso e sem recidiva incorre no ilícito. Uma maior indenização servirá para que o franco descumpridor de obrigações seja inibido em sua atividade que depauperava o íntimo do ser humano. A indenização, por consequência, pode ser elevada e ir mais além do que o menoscabo realmente causado, porque o magistrado considera que, diante do dolo ou da culpa grave, ou da recidiva permanente, deve aplicar quantia mais

compelido ao pagamento de quantia capaz de efetivamente representar um pesado ônus, um desfalque em seu patrimônio. Ao se fixar o valor meramente simbólico, se corre o risco de que a condenação por dano moral sirva apenas como advertência, já que não dependerá, para o cumprimento da obrigação, decorrente do comando jurisdicional, de desembolso expressivo, capaz de desestimular a repetição, em qualquer circunstância, de atitude capaz de redundar em dano para outrem”. (Direito de Defesa - cumulação de dano moral e material. In: *Doutrinas essenciais* – dano moral. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 786).

elevada com aquele intuito sancionador. Somente assim, com um certo valor que castigue o comportamento doloso, poderão ser desmanteladas eventuais propostas de o ofensor continuar propagando danos morais. (SANTOS, 2003, p. 159-160).

Portanto, só mesmo uma condenação contundente é hábil a tentar inibir as renitentes práticas danosas e a punir tanto e reiterado abuso. A isso se convencionou chamar de teoria do valor do desestímulo, conforme aborda Brandão (2015):

A teoria do valor do desestímulo teve sua origem no direito norte americano, através da expressão *punitive damages* que traduzindo para o vernáculo significa *danos punitivos* a finalidade do instituto está relacionada a um desestímulo ao ofensor de não mais praticar a conduta danosa por meio de uma imposição de pagamento de grandes quantias, as quais significam atribuir valores milionários às vítimas lesadas, isto, também, consequentemente, proporciona um exemplo à própria sociedade de forma a inibi-la da prática de atos que possam atentar contra o patrimônio moral de alguém [...]. A teoria do valor do valor do desestímulo é um instituto através do qual, por meio da condenação a uma soma milionária, pretende-se obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo à sociedade como um todo, como meio preventivo. (BRANDÃO, 2015, p. 760).

Essa dificuldade existente no arbitramento das indenizações por danos morais gerou, conforme a doutrina, outro problema grave: o da heterogeneidade dos valores indenizatórios em situações semelhantes, e o da desproporcionalidade das indenizações arbitradas em casos diferentes – até mesmo dentro de um mesmo tribunal.²¹

Induvidoso é, contudo, que as indenizações por danos morais não podem ficar ao livre arbítrio judicial. Claro, o juiz, quando julga, coloca muito de si, vale dizer, toda a sua carga pretérita de sentimentos, experiências e emoções, enfim, suas idiossincrasias afetam diretamente um julgamento desse tipo. Afinal, o juiz mais pode ser visto como “neutro”, como uma espécie de eunuco cultural, cego a tudo aquilo que o circunda. Aliás, mesmo hoje, a imparcialidade judicial é questionada, havendo quem propugne, com acerto, uma necessária “parcialidade positiva do juiz”, no sentido de não se mostrar “asséptico” àquilo que o cerca, dissociado de seu contexto social, marginalizado, decidindo como um autômato. (SOUZA, 2008, pp. 136-144).

Não sem outra razão, dissertou Nehemias Domingos Melo:

a utilização desmedida do instituto do dano moral poderá criar o descrédito e vir a banalizar tão importante instrumento, por isso que se recomenda ao judiciário a adoção de critérios sólidos na aferição e quantificação da indenização por ilícitos desta ordem e, aos operadores do direito, que utilizem de cautela e prudência na propositura de demandas a esse título. O fato de existirem desvios não pode ter o condão de invalidar tão importante preceito legal. É preciso que se aperfeiçoem os instrumentos postos à disposição daqueles que manejam o direito, de tal sorte que os excessos possam ser coibidos.²²

²¹ FURMANN, Ivan; PEREIRA, Gabriel Bittencourt. *Mensurando o preço da dor*. In: *Doutrinas essenciais – dano moral*. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 848

²² *Apud* OLIVEIRA, Vanessa Justo. *Reparabilidade do Dano Moral puro: fixação de novos parâmetros de*

Sugere Martins-Costa (2014) que, “na avaliação da culpa do lesante e consequente fixação da indenização, deve-se examinar se foram observados ou não os 'padrões sociais de normalidade'. São aceitáveis os riscos que se revertem em benefício da sociedade, pois os bens jurídicos protegidos pelo instituto da responsabilidade por danos extrapatrimoniais não servem a interesses egoístas que pode afastar a ilicitude da conduta”. Porém, continua a ilustre civilista:

Para configurar-se o “risco permitido, é imprescindível que o imputado lesante tenha observado com rigor os deveres de conduta (legais e contratuais) a que está adstrito, sob pena de considerar-se que “incrementou o risco”. Cabe ao juiz averiguar se foram cumpridos com exatidão os deveres de diligência, para que os erros não acontecessem; se são desenvolvidos métodos e sistemas de prevenir, detectar e equacionar falhas operacionais; adotadas políticas e procedimentos visando aprimorar controles de gestão do risco e o seu tratamento administrativo etc. ou se, ao contrário, o lesante é omissor e/ou renitente em relação aos erros de gestão, às falhas na prestação do serviço. Se o lesante for omissor ou renitente em relação a seus erros e falhas, não tendo observado os pertinentes deveres de conduta, poder-se-á concluir pela existência de espécie de “incremento do risco”; se, ao revés, a conduta for diligente, ativa e respeitosa aos consumidores – seja ao prevenir o dano, seja ao adotar medidas para equacioná-lo, tratar-se-á de um símile do risco permitido, que não a isenta de reparar o prejuízo patrimonial causado (se constatado o erro), mas se pode refletir, conforme o caso, na minoração ou até mesmo na isenção do *quantum* indenizatório extrapatrimonial.²³

Ensina Rocha (2009):

Cada processo é a história individual de uma pessoa, sua vida, projetos, sonhos e esperança de conforto e êxito; por isso, diz-se que cada processo é uma pessoa e encerra nele os problemas de uma existência, hospeda uma vida, mas isso às vezes não é valorizado em toda a sua extensão ou não é percebido em toda a fabulosa profundidade. (ROCHA, 2009, p. 68).

Tudo isso, logicamente, há de ser permeado pelo bom senso, pela razoabilidade e segundo as nuances do caso concreto, visando à máxima e possível justiça à situação, sem gerar enriquecimento abusivo para o ofendido e, também, sem desatender ao cunho punitivo-desestimulatório.

arbitramento do quantum indenizatório em vista à problemática de seu caráter axiológico e subjetivo decorrente do livre convencimento do magistrado. In: *Doutrinas essenciais – dano moral*. Rui Stoco (organizador). São Paulo: RT, 2015, v. IV, p. 913.

²³ Parecer oferecido em 15.1.2014 ao Banco Itaú S.A., por solicitação dos advogados José Virgílio Vita Neto e Luís Vicente Magni de Chiara, e que veio às mãos do Co-orientador por meio de advogadas de referida instituição financeira que atuam diuturnamente em processos existentes na Unidade Jurisdicional dos Juizados Especiais da comarca de Barbacena-MG.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é composto por fato, valor e norma, conforme há muito preconizava Miguel Reale, e tais elementos estão em constante transformação, acompanhando o desenvolvimento da própria sociedade (*ubi societas ibi jus*), o que confere à ciência jurídica uma perspectiva dinâmica. Assim, as transformações ocorridas no âmbito social desencadeiam um processo de transformação dos conceitos jurídicos constitutivos desse sistema normativo.

Desse modo, é possível concluir que a estrutura do Direito Civil contemporâneo é reflexo de um conjunto de fatos históricos cujo ápice ocorreu com a Constituição Federal de 1988, ao introduzir novos fundamentos constitucionais fundados na dignidade da pessoa humana, solidariedade social, na igualdade e nos demais direitos fundamentais pertinentes.

De modo especial, no que diz respeito às relações contratuais, vê-se que o modelo clássico de contrato, fundado na autonomia da vontade, foi revisto, mitigado, por um modelo moderno, cuja gênese não se restringe aos aspectos ligados à formação e à manifestação de vontade individual. As relações contratuais passaram a ser regidas por novos princípios, quais sejam, boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social.

Assim, o desafio que se impõe aos operadores do direito é a reconstrução do sistema contratual, de forma a conciliar os princípios clássicos com os princípios atuais.

A liberdade dos cidadãos passou a sofrer limitações, de modo que as partes não estão obrigadas a cumprir somente as obrigações impostas pelo contrato, mas, também, devem respeitar os deveres anexos que decorrem da própria relação interpessoal. As partes devem ter a preocupação de não causar prejuízos entre si ou a terceiros e agir de maneira ética, enfim, devem fazer ao outro aquilo de que gostariam lhe fosse feito e não fazer aquilo que desgostariam (Mt. 7:12).

O inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos – deveres de proteção, informação, cooperação – consiste na chamada violação positiva do contrato. Embora se trate de uma criação doutrinária, ao longo deste estudo, foi possível perceber que a jurisprudência tem aplicado de maneira reiterada este novo conceito de inadimplemento e, quando verificada a ocorrência do dano à personalidade de algum dos contratantes, os magistrados não hesitam em promover a reparação respectiva.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A lealdade na processualidade democrática: escopos fundamentais do processo*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo)

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. *Dano moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva*. In: *Doutrinas Essenciais – dano moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV. São Paulo: RT, 2015.

BRAGA, Felipe P. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUARQUE, Sidney Hartung. *Da Demanda por Dano Moral na Inexecução das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Luiz Ricardo Fernandes de. *Indenização por danos morais: quantum*. In: *Doutrinas essenciais: dano Moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV. São Paulo: RT, 2015.

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

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

COSTA, Caio Rogério da. *Dano Moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva*. In: *Doutrinas essenciais: dano moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV. São Paulo: RT, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. Vol. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano; et al. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. Vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FURRIER, Fábio Luis. *A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório*. In: *Doutrinas essenciais: dano moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV. São Paulo: RT, 2015.

FURMANN, Ivan; PEREIRA, Gabriel Bittencourt. *Mensurando o preço da dor*. In: *Doutrinas essenciais: dano moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV. São Paulo: RT, 2015.

GOUVÊA, José Roberto Ferreira; SILVA, Vanderlei Arcanjo da. *A quantificação dos danos morais pelo STJ*. In: *Doutrinas essenciais: dano moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV. São Paulo: RT, 2015.

KINPARA, Lucas Kouji. *Dano Moral e a determinação do valor da indenização*. In: *Doutrinas essenciais: dano moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV. São Paulo: RT, 2015.

LEAL, Adisson. *Violação positiva dos contratos*. In: Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro – Aspectos polêmicos. Fátima Nancy Andrichi (coord.). SP: Atlas, 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de . A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade* - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf . Acesso em 28 de agosto de 2015.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 .

NELSON, Rosenvald; FARIA, Cristiano Chaves de. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

_____. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. Belo Horizonte: Praetorium, 2001.

OLIVEIRA, Vanessa Justo. *Reparabilidade do Dano Moral puro: fixação de novos parâmetros de arbitramento do quantum indenizatório em vista à problemática de seu caráter axiológico e subjetivo decorrente do livre convencimento do magistrado*. In: *Doutrinas essenciais – dano moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV São Paulo: RT, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira .*Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4. ed.rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual*. In: *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Coord. Cláudia Lima Marques. SP: RT, 2007.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Direito de Defesa: cumulação de dano moral e material*. In: *Doutrinas essenciais: dano moral*. Rui Stoco (organizador). Vol. IV. São Paulo: RT, 2015.