

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DANOS MORAIS DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

CURITIBA

2009

RENATA REGINA DE OLIVEIRA

DANOS MORAIS DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

CURITIBA

2009

LISTA DE SIGLAS

TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

O presente trabalho visa à análise do instituto dos danos morais decorrentes do descumprimento contratual, a partir de um entrelaçamento de doutrina e jurisprudência. Iniciando com o estudo de conceitos básicos de responsabilidade civil, danos extrapatrimoniais e modalidades de descumprimento contratual, tem-se por objetivo demonstrar a forma com que a matéria dos danos morais contratuais vem sendo tratada em nosso ordenamento jurídico. Dar-se-á ênfase ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como na sua repercussão nos entendimentos dos demais Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – descumprimento contratual – danos morais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	vi
2. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	viii
2.1 Histórico.....	viii
2.2 Responsabilidade civil aquiliana e responsabilidade civil contratual.....	ix
2.3 Pressupostos da obrigação de reparar.....	xii
2.4 Novos paradigmas.....	xviii
2.4.1 Erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil.....	xviii
2.4.2 Coletivização das ações de responsabilização.....	xx
2.4.3 Expansão dos danos ressarcíveis e a necessidade de sua seleção.....	xx
2.4.4 Despatrimonialização da reparação.....	xxi
2.4.5 Perda da exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de dano.....	xxii
3. DANO MORAL.....	xxiii
3.1 Histórico.....	xxiii
3.2 Conceito e fundamento jurídico.....	xxvi
4. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL.....	xxx
4.1 Breves apontamentos.....	xxx
4.2 Modalidades.....	xxx
4.2.1 Inadimplemento absoluto.....	xxx
4.2.2 Mora.....	xxxiii
4.2.3 Violação positiva do contrato.....	xxxix
4.2.4 Cumprimento imperfeito.....	xli
4.2.5 Quebra antecipada do contrato.....	xlii
5. DANOS MORAIS CONTRATUAIS.....	xliv
5.1 Possibilidade de reparação.....	xliv
5.2 Análise da jurisprudência pátria.....	xlix
5.2.1 Superior Tribunal de Justiça.....	xlix
5.2.2 Tribunais estaduais.....	lii
6. CONCLUSÃO.....	lvi
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	lviii

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o maior reconhecimento dos valores constitucionais trouxe a exigência de uma leitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais. No que diz respeito à responsabilidade civil, à interpretação dos juízes e à inserção de aspectos sociais, econômicos e éticos, anunciaram-se grandes transformações.

O novo Código Civil brasileiro, que foi omisso em diversos campos, no âmbito da responsabilidade civil trouxe consideráveis inovações, abrindo discussões acerca de novos problemas e novas soluções, ligadas mais à atuação do intérprete que do legislador.

O princípio constitucional da proteção da pessoa humana gera um sistema particular na responsabilidade civil: estende-se a tutela da pessoa da vítima, ao contrário do objetivo anterior, que era punir o responsável. Isso se traduz em dois efeitos principais, quais sejam, o aumento das hipóteses do dano ressarcível e a perda de importância da função moralizadora.

Vale destacar que a responsabilidade civil é um dos instrumentos mais flexíveis do direito civil, que apresenta extrema simplicidade, bem como a possibilidade de oferecer tutela a novos interesses, desde que estes sejam merecedores da mesma. É por este motivo que se trata de um segmento muito jurisprudencial, uma vez que os magistrados são os primeiros a sentirem as mudanças sociais, adequando, assim, suas decisões.

Dentre as inovações merece destaque o reconhecimento e autonomia do dano moral, já anteriormente incluído no rol de “Direitos e Garantias Fundamentais” pela Constituição Federal de 1988. Com o Código Civil de 2002, esta matéria passou a ter regulação específica, conforme se evidencia nos arts. 186 e 927 da referida codificação.

Dentro desse panorama geral, encontramos a matéria dos danos morais decorrentes do descumprimento contratual, também denominados danos morais contratuais, que gera inúmeras dificuldades no cenário jurídico, tendo em vista a oscilação encontrada na jurisprudência pátria, principalmente no Superior Tribunal de Justiça.

O referido Tribunal, em diversos julgados, afirma que o descumprimento contratual acarreta apenas danos materiais e não morais, pois a inobservância de

clausulas contratuais pode trazer desconforto e dissabor, mas não gera uma ofensa anormal à personalidade.

Porém, o mesmo Tribunal, em outros julgados, afirma que a recusa injustificada de cobertura de um plano de saúde e o atraso aéreo acarretam danos morais. Ora, mas estes casos nada mais são do que casos de descumprimento contratual!

Destarte, frente a este paradoxal posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e as consequências práticas deste no ordenamento jurídico pátrio, o presente trabalho dispõe-se a analisar o tema da reparabilidade dos danos morais decorrentes do descumprimento contratual, utilizando de um método que busca o entrelaçamento da doutrina e da jurisprudência.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Histórico

Nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto da responsabilidade civil está na concepção de vingança privada, forma rudimentar, porém compreensível de reação do homem face ao mal que sofria.

É a partir da visão do delito que parte o Direito Romano, que se utiliza dessa manifestação natural para intervir na sociedade, regulando, de modo a permiti-la ou proibi-la, quando carente de justificativa. Tal intervenção deu-se através da Pena de Talião, cujos traços encontram-se na Lei das XII Tábuas.

Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO ensinam:

Ressalte-se, contudo, como se sabe, que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais. Há, porém, ainda na própria lei mencionada [Lei das XII Tábuas] perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade da composição entre vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens¹.

A edição da *Lex Aquilia* foi um marco na evolução histórica da responsabilidade civil, tanto o é que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual. Tal lei, constituída por três partes, não revogou totalmente a legislação anterior, mas sim propugnou pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.

Seu terceiro capítulo é o mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil, vez que regulava o *damnum injuria datum*, que consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que atingisse coisa

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 10.

incorpórea ou corpórea, sem justificativa legal. Embora a finalidade originária fosse limitada ao proprietário da coisa lesada, o rumo jurisprudencial concedido pelo pretor tornou possível a construção de uma verdadeira doutrina romana da responsabilidade extracontratual.

Acerca do tema, Carlos Roberto GONÇALVES afirma:

É na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquilia o ser nome característico.

Malgrado a incerteza que ainda persiste sobre a “injúria” a que se referia a *Lex Aquilia* no *damnum injuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria *Lex Aquilia*².

A inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana foi incorporada à Idade Moderna pelo Código Civil de Napoleão, o qual foi influência para diversas codificações do mundo, inclusive o Código Civil de 1916.

Contudo, a teoria da culpa não conseguiu atender a todas as necessidades da vida comum, pois grande quantidade de casos concretos nos quais os danos continuavam sem reparação, tendo em vista a dificuldade de comprovar o elemento anímico.

Assim, segundo Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO:

Num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Tais teorias, inclusive, passaram a ser amparadas nas legislações modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, o que foi adotado, mais recentemente, até mesmo pelo novo Código Civil brasileiro³.

2.2 Responsabilidade civil aquiliana e responsabilidade civil contratual

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 12.

A responsabilidade civil é chamada de contratual quando derivar de um descumprimento contratual. Será ela extracontratual, ou aquiliana, quando o ato ilícito não derivar de nenhum contrato⁴.

A diferença básica entre elas é que na hipótese de responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima, até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar⁵.

Renan Miguel SAAD aponta outras distinções:

Para que se configure o ilícito contratual é necessária a capacidade civil das partes contratantes. Já no ilícito aquiliano o ato danoso, ainda que praticado por menor, repercutirá no direito, com o nascimento da obrigação de indenizar. Em havendo ilícito extracontratual, o ônus de sua prova, em regra, compete à vítima-autora da ação. Já no ilícito contratual presume-se a culpa pela violação do dever jurídico contratual. Cumpre, pois, ao autor do dano, réu na ação indenizatória, elidir a sua culpa pela demonstração da existência de algumas das causas excludentes da responsabilidade. A repercussão do ilícito extracontratual é bem mais abrangente que a do ilícito contratual, uma vez que neste os efeitos do ilícito se circunscrevem às partes do contrato, enquanto naquele podem os efeitos do ilícito refletir em qualquer pessoa⁶.

Antiga discussão, que persiste até os dias de hoje, questiona se a responsabilidade civil mereceria um tratamento único, independentemente da fonte do dever de indenizar, seja ele nascido na lei, geral e abstrata, ou no negócio jurídico, particular e concreto.

Muitas obras doutrinárias apontam que não há razão para a distinção existir, pois ambas nascem do mesmo fundamento: a violação de um dever jurídico preexistente. Tal posicionamento é adotado por diversas codificações estrangeiras, como, por exemplo, o Código Civil da Alemanha e o Código Civil de Portugal.

MENEZES CORDEIRO, ao defender a tese monista, afirma que “o exclusivo fato de considerar a existência de diferenças pontuais justifica a enorme similitude

⁴ Nesse sentido: CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 3 ed., Curitiba: Juruá, 2007, p. 40.

⁵ Cf. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 4, p. 7.

⁶ SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 24.

havia entre os temas e por consequência não de merecer tratamento unificado, especialmente por conta da existência de uma técnica sancionatória e de previsões muito próximas umas das outras”⁷.

Acerca dessa teoria, Inacio de CARVALHO NETO ensina que:

Os adeptos deste posicionamento mais moderno alegam, para a defesa da unidade de disciplina, que: a) se a responsabilidade se funda na culpa e esta consiste na infração de uma obrigação preexistente, não há nenhum motivo para distinguir entre a violação da obrigação oriunda de um contrato, ou da obrigação derivada de qualquer outra fonte; b) as perdas e danos, a que fica sujeito o contratante inadimplente, são coisas inteiramente diversas da prestação inadimplida. Pois, na realidade, a indenização não é o equivalente da obrigação descumprida, mas a reparação do prejuízo defluente da inexecução. E nisso a responsabilidade contratual identifica-se profundamente com a responsabilidade delitual⁸.

Além da teoria monista e da dualista, há uma terceira teoria, a eclética, que é composta por elementos das duas teses anteriores, autorizando a comunhão de regras, com um sistema único pertinente aos pontos fundamentais do direito de danos, sem excluir o tratamento específico de hipóteses especiais, que podem ser encontradas e merecem o devido cuidado.

Ao concluir a análise das três teses apresentadas, Marcos Jorge CATALAN afirma:

Delimitadas as correntes existentes, não se pode negar que, se de um lado a corrente dualista não autoriza a solução de alguns problemas da sociedade atual, especialmente no tocante aos fatos ocorridos no âmbito das relações pré e pós-negociais, bem como em situações surgidas na esfera das relações contratuais de fato, ao possuir regras próprias para as distintas fontes do dever jurídico violado, de outro, a tese unitarista não seria apta a justificar a distinção de alguns aspectos pontuais, dentre eles os já destacados, atinentes à matéria. Ao que parece, a corrente eclética seria a mais adequada a explicar o fenômeno, autorizando o intérprete a passear por todo o texto da codificação civil, bem como indo beber em outras fontes em busca da solução mais adequada para cada hipótese que se apresente, permitindo, aliás, superar a questão da previsibilidade dos danos⁹.

⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, v. 2, p. 275. *Apud*: CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 135

⁸ CARVALHO NETO, Inacio de. *Op. cit.*, p. 42.

⁹ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 137-138.

Assim, pela análise das três correntes apresentadas, vislumbra-se que a teoria eclética adapta-se melhor ao ordenamento jurídico brasileiro, partindo de uma teoria geral da responsabilidade civil, a qual prevê os pontos fundamentais da matéria, porém permitindo a busca de soluções específicas, a fim de abranger as peculiaridades de cada caso.

2.3 Pressupostos da obrigação de reparar

Ainda que ciente de que o estado patológico é exceção ao estado fisiológico ou normal¹⁰, é de extrema importância qualquer lesão juridicamente relevante causada pelo descumprimento de uma obrigação, em razão das consequências que tais situações trazem às partes.

Portanto, resta claro que sem a violação de um dever preexistente, oriundo da vontade humana voltada à formação de um negócio jurídico, não há como imaginar a incidência da responsabilidade civil contratual. Entretanto, como bem destaca Marcos Jorge CATALAN, tal ofensa “dar-se-á por meio de fato imputável à parte que retardou o cumprimento, que não desempenhou satisfatória mente a prestação ou que é responsável pelo inadimplemento da obrigação ajustada”¹¹.

Assim, encontramos o primeiro pressuposto para o estudo: um negócio jurídico, desde já destacando que dos planos de existência, validade e eficácia, faz-se mister a presença dos dois primeiros, sendo, contudo, aceitável a hipótese de responsabilização decorrente da quebra de um contrato ineficaz.

O segundo pressuposto é a existência do dano, de modo que sem que haja interesse violado ou lesão, podendo esta ser patrimonial ou extrapatrimonial, não há que se falar em indenização. Como assevera Agostinho ALVIM, ausente o dano, haverá ululante óbice a qualquer pretensão reparatória por conta da falta de objeto¹², excluindo-se desta linha de pensamento as hipóteses de cláusula penal, de arras

¹⁰ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3 ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 21.

¹¹ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 127.

¹² ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 180.

penitenciais e da incidência de juros moratórios nas obrigações pecuniárias e demais obrigações de dar¹³.

Ademais, destaque-se que, no âmbito contratual, as perdas e danos são a transformação da prestação em pecúnia, pois aquela se tornou impossível em razão de fato imputável ao devedor ou ao credor.

Na mesma seara, Luis DIEZ-PICAZO defende que:

nas hipóteses de incumprimento definitivo da obrigação, a pretensão indenizatória se apresenta como uma forma de liquidação da obrigação anterior, especialmente nas relações sinalagmáticas, na medida em que o valor da prestação não desempenhada passa a compor parte do *quantum* no cálculo dos danos, cujo saldo determina o direito do credor e a nova obrigação do devedor¹⁴.

Por fim, para que haja o dever de indenizar é necessária a presença do nexo de causalidade, que consiste na ligação entre o fato e o evento danoso, ou seja, a conexão entre a conduta perpetrada e o prejuízo suportado pela parte que seguiu corretamente o pacto firmado.

No concernente ao nexo causal, insta destacar três teorias utilizadas em nosso ordenamento jurídico, que buscam explicá-lo: teoria da equivalência de condições, teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência das condições foi elaborada pelo jurista alemão Von Buri, na segunda metade do século XIX, sendo que não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de modo que tudo aquilo que concorrer para sua realização, será considerado causa. Por isso se diz “equivalência de condições”: todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado¹⁵.

Caio Mario da Silva PEREIRA, ao citar o civilista belga DE PAGE, observa que essa teoria, em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as ‘condições’ de um dano são ‘equivalentes’, isto é, todos os elementos que, de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como ‘causas’, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o

¹³ Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 128.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. ***Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias***. Madrid: Civitas, 1996, v. 2, p. 682. *Apud*: CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 128.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 86.

evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo¹⁶.

Entretanto, esse espectro amplo da teoria, ao considerar causa todo antecedente que contribua para o dano, apresenta um grave inconveniente: poderia levar a uma investigação infinita. Como bem apontou Gustavo TEPEDINO, a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade¹⁷.

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, foi desenvolvida a partir da ideias do filósofo alemão Von Kries, defende que não se pode considerar causa toda e qualquer condição que tenha contribuído para a efetivação do resultado, mas sim apenas os antecedentes abstratamente idôneos à produção do efeito danoso, segundo um juízo de probabilidade. Sérgio CAVALIERI FILHO assevera que “causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições são causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”¹⁸.

Acerca dessa teoria, Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO ensina:

Esta orientação parte da ideia de *conditio sine qua non*: o nexo causal de determinado dano estabelece-se, naturalmente, sempre em relação a um evento que, a não ter ocorrido, levaria à inexistência do dano. Isto é: se mesmo sem evento, houvesse sano, haveria que procurar a sua causa em nível diferente. Simplesmente, como existirão, fatalmente, vários eventos nessa situação, trata-se de determinar qual deles, em termos de modalidade social, é adequado a produzir o dano¹⁹.

Esta teoria é de extrema importância para as relações jurídicas, pois evita que o agente que não é diretamente responsável pela conduta lesiva arque com

¹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 78.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 2, jun. de 2001, v. 6, p. 3-19.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 51.

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Op. cit.*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, v. 2, p. 335. *Apud*: CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 129.

consequências desfavoráveis, principalmente em nosso cenário atual, no qual há cada vez mais a objetivação da responsabilidade civil e a socialização dos riscos.

Marcos Jorge CATALAN exemplifica a teoria com a seguinte situação: uma passageira que, sendo transportada de uma cidade a outra, resolve no meio do caminho mudar sua rota e tomar outro ônibus, veículo este que vem a sofrer um acidente. Haveria responsabilidade do primeiro transportador? Certamente não, muito embora a passageira possa alegar que, se não iniciasse viagem por meio do referido veículo não teria sido vítima no sinistro ocorrido com o segundo, amparando-se na teoria dos antecedentes remotos²⁰.

Apontando o inconveniente da teoria, Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO:

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa. Se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito da mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso²¹.

Desenvolvida no Brasil, por Agostinho Alvim, a teoria da causalidade direta ou imediata, também denominada teoria da interrupção do nexos causal ou teoria da causalidade necessária, define como sendo causa o antecedente fático que determine o resultado danoso como uma consequência sua, direta e imediata.

Agostinho ALVIM assim pontua:

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano, como se verá. (...) Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota desde que ela seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução²².

²⁰ Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 130.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 90.

²² ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 356.

Para melhor entendimento da matéria, utilizemo-nos de um clássico exemplo doutrinário: Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal²³.

Portanto, vislumbra-se que o surgimento de uma causa superveniente que interrompa o nexo causal impossibilita que se estabeleça o elo de ligação entre o resultado morte e o primeiro agente, no caso do exemplo dado.

Assim conclui Gustavo TEPEDINO:

... a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessidade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexos de causalidade²⁴.

Ao tratar de qual teoria foi escolhida pelo novo Código Civil brasileiro, a doutrina é dividida e imprecisa. Parcela respeitável tende a acolher a teoria da causalidade adequada, como é o caso de Martinho GARCEZ NETO²⁵ e Sérgio CAVALIERI FILHO²⁶. Por sua vez, juristas de renome como Carlos Roberto GONÇALVES²⁷, Pablo Stolze GAGLIANO²⁸ e Rodolfo PAMPLONA FILHO²⁹ entendem que o Código adotou a teoria da causalidade direto ou imediata, na vertente da causalidade necessária.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 91.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 10.

²⁵ GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 212.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 53.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 524.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 93.

²⁹ *Ibidem*.

Outrossim, insta esclarecer que a ideia de imputabilidade na seara negocial é diversa daquela prevista no art. 5º do Código Civil³⁰, que conduz ao conceito de capacidade, de modo que são imputáveis ao sujeito todos os atos que, em princípio, detém aptidão para, sozinho, praticar, exercendo seus direitos.

No âmbito contratual, a ideia é de que não demonstrando a parte que o fato que deu causa à violação não lhe é imputável, será responsabilizada. Portanto, a imputabilidade encontra-se ligada à conduta do devedor ou credor responsável pela violação do negócio jurídico que os ata, sendo imputáveis os atos ligados à álea da esfera de atuação de cada uma das partes³¹.

Aqui convém ressaltar que a ideia de responsabilidade não se confunde com a de culpa, que há muito restou superada, de modo que, com a devida certeza, não era a mais correta para se aplicar no âmbito do direito de danos decorrentes de relações negociais.

Não é aceitável que se sustente que o único critério de imputabilidade seja aquele lastreado no fator culpa, pois existem diversos outros fatores de atribuição, dentre eles, como ensina Ricardo LORENZETTI, “*el riesgo creado, la garantia, el abuso de derecho, la equidad*”³².

Desse modo, a imputabilidade significa o fator de atribuição que se some ao comportamento do agente, a fim de gerar, desde que presente os demais pressupostos, o dever de indenizar. Nesse sentido, Marcos CATALAN afirma que “bem mais razoável é pensar não na presença do elemento culpa na conduta da parte infiel aos termos ajustados no negócio jurídico, para que surja o dever de indenizar, mas sim, na imputabilidade enquanto fator de atribuição de responsabilidade, para as hipóteses de incumprimento”³³.

Não é outro o posicionamento de Rodrigo Xavier LEONARDO:

Destaca-se que, cada vez mais, a compreensão de que o dever de indenizar é proveniente de uma imputação, que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição de custos das externalidades provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses

³⁰ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

³¹ Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 132.

³² LORENZETTI, Ricardo. ***Tratado de los contratos: parte general***. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 612.

³³ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 133.

de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão à determinada conduta ou atividade. Se antes o elemento primordial da responsabilidade (expressão que traz consigo a ideia de reprimenda, de desvalor moral) era a culpa, hoje o elemento basilar ao dever de indenizar é o dano³⁴.

Portanto, não há necessidade de que o lesado comprove a culpa na ação do causador do dano, bastando que demonstre a causalidade entre a conduta da parte que deixou de cumprir o contrato, ou adimpliu-o mal, e o dano suportado³⁵.

2.4 Novos paradigmas

Diante desse quadro de constantes mudanças trazidas pelo novo Código Civil, o ramo da responsabilidade civil sofreu consideráveis inovações. Anderson SCHREIBER³⁶ afirma que podemos indicar cinco novas tendências: a) a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil; b) a coletivização das ações de responsabilização; c) a expansão dos danos ressarcíveis e a necessidade de sua seleção; d) a despatrimonialização não já do dano, mas da reparação; e e) perda da exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de dano.

2.4.1 Erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil

As grandes codificações consagravam um sistema de responsabilidade civil que tinha três pilares: culpa, dano e nexos causal. Assim, a vítima de um dano, ao dirigir-se a um tribunal, teria que superar duas barreiras para obter a indenização, quais sejam, a demonstração do caráter culposo *lato sensu* da conduta do ofensor e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano. Essas duas barreiras são chamadas de filtros da responsabilidade civil e a primeira tendência é a erosão desses filtros.

³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *In: Tuiuti: Ciência e Cultura*. Curitiba, n. 30, maio 2002, p. 114.

³⁵ Nesse sentido: SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 237.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

Originariamente, a culpa era vista como uma falta moral, ligada aos impulsos anímicos do sujeito. Assim, tendo em vista que a prova da culpa era árdua, passou-se a admitir a presunção relativa da culpa, porém ao passar do tempo, tal presunção passou a ser absoluta, de modo que a presunção passou a equivaler a dispensa da culpa para a responsabilização.

Tais presunções colocaram a própria culpa em xeque já no final do século XIX, passando-se a difundir por todo o mundo a teoria do risco. Tal orientação foi concretizada pelo novo Código Civil, no parágrafo único do art. 927, que instituiu a cláusula geral de responsabilidade objetiva para as atividades de risco. Além disso, a nova codificação também converteu situações de responsabilidade subjetiva com culpa presumida em hipóteses de responsabilidade objetiva.

Mesmo no campo reservado à responsabilidade subjetiva houve alterações ao longo do século XX, sendo a consequência mais óbvia desta mudança o distanciamento do conceito jurídico da culpa e a indiferença aos fatores psicológicos na sua aferição.

Com a antiga acepção normativa da culpa tinha-se um modelo abstrato de comportamento, baseado no genérico e irreal *bonus pater familias*. Atualmente, verifica-se uma fragmentação do modelo de conduta, face a utilização de parâmetros de conduta específicos e diferenciados para as diversas situações. Assim, abandona-se o modelo abstrato, deixando, portanto, a culpa de pertencer ao juízo abstrato do magistrado, uma vez que este passa a contar com parâmetros mais específicos e objetivos de aferição.

Tendo sido a prova da culpa facilitada, verifica-se o aumento de ações indenizatórias junto aos tribunais. Explicita-se, então, a erosão de um dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo que as atenções voltam-se para o segundo filtro: a demonstração do nexo causal.

No que diz respeito a este segundo filtro, verifica-se um explosão de novas teorias que tem por objetivo evidenciar o nexo causal, como, por exemplo, a teoria da causalidade anônima, a teoria da causalidade alternativa.

O surgimento dessas teorias aumenta a discricionariedade do juiz na apreciação da relação de causalidade, tornando, portanto, cada vez mais visível a erosão desse segundo filtro.

2.4.2 Coletivização das ações de responsabilização

Segundo a doutrina, as ações coletivas não apenas facilitam o acesso à justiça, mas como asseguram a plena compreensão da demanda e da decisão a todas as vítimas de modo uniforme, poupando esforços e custos, tanto às partes como ao Poder Judiciário. No que diz respeito a realidade brasileira, ainda que essas ações sejam reguladas há certo tempo, a sua efetiva utilização é relativamente recente.

Em geral, as decisões da jurisprudência brasileira mostram uma política judiciária favorável ao emprego das ações coletivas. O efetivo uso desse instrumento decorre da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, que acarretou a eliminação de barreiras ao ressarcimento dos danos e, conseqüente e inevitavelmente, a extraordinária ampliação dos danos ressarcíveis.

2.4.3 Expansão dos danos ressarcíveis e a necessidade de sua seleção

A terceira tendência indicada, qual seja, a expansão do dano ressarcível, é necessariamente uma consequência das duas primeiras, uma vez que a erosão das barreiras processuais acarretam a elevação do número de pretensões indenizatórias acolhidas pelo Poder Judiciário.

Sendo a dignidade da pessoa humana o valor fundamental da Constituição de 1988, teve-se assegurados todos os interesses existenciais ligados a essa noção. Assim, danos que antes estavam situados no terreno da fatalidade, dos azares e dos ônus normais da vida em sociedade, passam a configurar dano juridicamente relevante.

O considerável aumento das espécies de dano revela, por um lado, uma maior preocupação dos tribunais com a tutela dos aspectos relacionados com a personalidade, mas por outro, faz crescer o medo de que essa multiplicação de figuras de dano tenham apenas como limites a fantasia do intérprete e a flexibilização da jurisprudência.

Desse modo, a abertura dos tribunais a novos interesses traz, de fato, a possibilidade de demais pouco sérias, fundadas em meros dissabores, mas também traz mecanismos de reação, muitas vezes, equivocados.

É importante destacar que a discussão não deve ser de limites, mas sim de função. O essencial não é refletir sobre os tetos indenizatórios, mas sim sobre os critérios que permitem a seleção dos interesses tutelados, sob a ótica dos valores constitucionais. A seleção dos interesses compete hoje ao juiz, que, por falta de subsídios doutrinários, faz uma seleção *in concreto*, o que implica em uma inevitável incoerência e insegurança jurídica.

2.4.4 Despatrimonialização da reparação

Via de regra, a lesão a um interesse não-patrimonial resulta em uma resposta estritamente patrimonial: o dever de indenizar. Em atenção a esse aspecto, vem se consubstanciando a quarta tendência da responsabilidade civil pátria: a despatrimonialização da reparação.

A grande dificuldade na quantificação da indenização por dano moral revela uma contradição presente na cultura jurídica da maior parte do mundo: reconhece-se a natureza extrapatrimonial do dano, mas insiste-se em repará-lo patrimonialmente.

A doutrina e os tribunais vêm despertando para a necessária busca de meios extrapatrimoniais, que não substituem a reparação pecuniária, mas a ela se associam para efetivamente reparar o dano moral. É o que se evidencia nas decisões que se utilizam da retratação pública. Mesmo em caso de dano patrimonial, verifica-se uma tendência da jurisprudência brasileira de utilizar-se de soluções que, embora sejam patrimoniais, são não-pecuniárias.

Vê-se, portanto, a derrocada da antiga ideia de que a responsabilidade civil resulta sempre em uma indenização pecuniária. As decisões das cortes evidenciam o interesse da responsabilidade civil por meios despatrimonializados de reparação.

2.4.5 Perda da exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de dano

A revisão crítica do instituto da responsabilidade civil, no que diz respeito a sua função e estrutura, trouxe questionamentos não apenas sobre a melhor forma de reparar o dano, mas também o dilema sobre se repará-lo é efetivamente a melhor solução.

Pretende-se, portanto, ressaltar o crescente reconhecimento de outros instrumentos, alheios à responsabilidade civil, que podem ser opostos ao dano injusto. É nesse sentido que se fala em prevenção e precaução de danos, dada a importância da eliminação previa dos riscos de lesão.

Assim, é necessário não apenas alterar as estruturas do instituto da responsabilidade civil, a fim de adequá-lo as suas novas funções, mas também cogitar outros instrumentos que possam associar-se à responsabilidade civil, com o objetivo de promover a mais ampla e justa proteção contra danos.

3. DANO MORAL

3.1 Histórico

No que tange à evolução histórica do dano moral, foi no Código de Hamurabi, sistema codificado de leis, surgido na Mesopotâmia, que encontramos pela primeira vez na história ideias claras e predominantes sobre direito e economia. Adotava como princípio geral a ideia de que o “o forte não prejudicará o mais fraco”, cuja interpretação mostra-nos a preocupação de conferir ao lesado uma reparação equivalente ao dano sofrido.

Como exemplo de indenização em favor da vítima, em valor pecuniário, temos os parágrafos 209, 211 e 212 do referido Código:

§ 209. Se um *awilum* ferir o filho de um outro *awilum* e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-à dez ciclos de prata pelo aborto.

§ 211. Se pela agressão fez a filha de um Muskenun expelir o (fruto) de seu seio: pesará cinco ciclos de prata.

§ 212. Se essa mulher morrer, ele pesará meia mina de prata.

Assim, verifica-se que o Código de Hamurabi visava a reparação das lesões sofridas, sejam materiais ou morais, condenando o autor do dano a sofrer ofensas idênticas, com a aplicação da Lei de Talião, ou a indenizar a vítima com importâncias em prata.

O Código de Manu, do ponto de vista da civilização moderna, significou um grande avanço, pois colocou como prioridade o ressarcimento da vítima através de uma sanção que consistia no pagamento de um valor pecuniário.

Sobre essa codificação, Clayton REIS afirma:

[Com o Código de Manu] suprimiu-se a violência física, que estimulava nova reprimenda igualmente física, gerando daí um ciclo vicioso, por um valor pecuniário. Ora, a alusão jocosa, mas que retrata uma realidade na história do homem, onde o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, produz efeito de obstar eficazmente o *animus* de delinquente³⁷.

³⁷ REIS, Clayton. **Dano moral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12.

O Alcorão também traz inúmeros exemplos de repressão histórica às lesões na esfera extrapatrimonial, mas com fortes preceitos do Código de Hamurabi. Na Bíblia Sagrada, principalmente no Antigo Testamento, encontramos algumas passagens que tratam, claramente, da reparação de danos morais, como, por exemplo, a tutela da honra, cuja lesão era motivo para aplicação de castigo corporal e indenização pecuniária.

Na Grécia antiga, as leis outorgavam aos cidadãos e aos seus bens a proteção jurídica, de modo que fixavam a reparação dos danos a eles causados, sempre em caráter pecuniário, abandonando a vingança física como forma de satisfação ao lesado.

Os romanos, assim que superada a época da vingança privada, tinham sempre presente a noção de reparação pecuniária dos danos entre eles, de modo que toda ato lesivo ao patrimônio ou à honra deveria ser reparado.

Assim, segundo Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO:

Na lei da XII Tábuas (surgida sob a égide de Terentilo Arsa, o Tribuno do Povo), encontramos, inclusive, várias disposições concernentes à reparação de danos, onde obviamente se insere o ressarcimento dos danos de caráter moral, amplamente tutelados. Os cidadãos romanos, que eventualmente fossem vítimas de injúria, poderiam valer-se da ação pecuniária a que se denominava *injuriarum aestimatoria*. Nesta, reclamavam uma reparação de dano através de um soma em dinheiro, prudentemente arbitrada pelo Juiz, que analisaria, cautelosamente, todas as circunstâncias do caso³⁸.

No Direito Canônico há diversas passagens que evidenciam as regras típicas de tutela da honra, nota-se, inclusive, a preocupação específica em determinar a reparação dos danos morais e materiais, consignando dispositivos de leis seculares.

Mais especificadamente, no que concerne à evolução histórcio-legislativa no Brasil, durante a época Colonial, com a vigência das ordenações do Reino de Portugal, não existia qualquer regra expressa acerca da ressarcibilidade do dano moral, sendo, portanto, questionável, qualquer afirmação de sua possibilidade àquela época.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 62.

Com o Código Civil de 1916, a redação dos arts. 76³⁹, 79⁴⁰ e 159⁴¹ levou às primeiras teorias que defendiam a reparabilidade do dano moral. Porém, observam Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO:

Contudo, em função de o art. 159 não se referir expressamente às lesões de natureza extrapatrimonial, bem como a argumentação de que a regra contida no art 76 se referia a dispositivo de ordem processual, condicionando, simplesmente, o exercício do direito de ação à existência de um interesse, a doutrina e jurisprudência nacional passaram a negar, peremptoriamente, a tese da reparabilidade dos danos morais⁴².

Sobrevieram leis especiais que regulavam especificamente o assunto, como o Código Brasileiro de Telecomunicações, o Código Eleitoral, a Lei dos Direitos Autorais. Já posteriormente à Constituição de 1988, podemos citar o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que possibilitou que os danos morais fossem objetos de ação de responsabilidade civil em matéria de tutela de interesses difusos e coletivos.

Assim, predominou a tese proibitiva da ressarcibilidade dos danos morais, admitindo-se somente as hipóteses previstas em lei. Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se pode falar da ampla ressarcibilidade do dano moral, uma vez que pertencente à matéria de “Direitos e Garantias Fundamentais”.

O novo Código Civil brasileiro reconhece expressamente o instituto do dano moral, em seu art. 186⁴³, e a sua reparabilidade, no art. 927⁴⁴.

³⁹ Art. 76 - Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único - O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

⁴⁰ Art. 79 - Se a coisa perecer por fato alheio à vontade do dono, terá este ação, pelos prejuízos contra o culpado.

⁴¹ Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 65.

⁴³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

3.2 Conceito e fundamento jurídico

O dano, de acordo com a doutrina mais tradicional, constitui, ao lado da culpa e do nexu causal, um dos pilares do dever de indenizar, sendo considerado, portanto, elemento fundamental para a configuração da responsabilidade civil e, para alguns, a própria razão de ser do dever de indenizar⁴⁵. Muito embora esta noção esteja hoje relativizada, continua sendo de suma importância a definição do que é dano.

No direito brasileiro o dano não é previamente estabelecido, ou seja, as hipóteses de sua ocorrência não estão tipificadas. A responsabilidade civil, portanto, é uma cláusula geral⁴⁶.

O conceito de dano moral é bastante controvertido, não só na doutrina e jurisprudência brasileira, mas também na estrangeira, e tem sido alvo de inúmeros debates nas últimas décadas. Não mais se discute sua reparabilidade, vez que a própria Constituição Federal determinou que danos morais são indenizáveis, conforme afere-se da leitura dos incisos V e X do art. 5º, que dispõe:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

No entanto, é mister delinear os contornos deste tipo de dano, bem como definir seu conteúdo. É recorrente a sua conceituação em contraposição à definição de dano material. Partindo-se da ideia tradicional de dano material como evento que tem como consequência a redução do patrimônio da vítima, teremos, em sentido oposto, que dano moral é a lesão a interesses não patrimoniais.

José de Aguiar DIAS assevera que “quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos na presença de dano moral”⁴⁷.

⁴⁵ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 78.

⁴⁶ BODIN de MORAES, Maria Celina. A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil. In: **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito, nº. 29, p. 239.

⁴⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, vol. II, p. 720.

Também este o entendimento de Orlando GOMES, para quem:

a expressão “dano moral” deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial⁴⁸.

No mesmo sentido, afirma Inocêncio Galvão TELLES que:

Há a ofensa de bens de caráter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objectiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral⁴⁹.

Alguns autores acrescentam à definição de dano moral a ocorrência de sofrimento, tristeza, dor, sentimento de desconforto, ou seja, associam-no ao efeito moral resultante da lesão a um bem jurídico tutelado. René SAVATIER afirma que “dano moral constitui todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”⁵⁰.

Nesta esteira, temos, ainda, o posicionamento de Antônio CHAVES, para quem:

dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação como a denomina Carpenter - , nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material⁵¹.

Este entendimento é bastante usual nas cortes brasileiras e tem sido consagrado jurisprudencialmente. No entanto, nota-se que o dano moral é confundido com sua consequência, ao equipara-los. Por isto o alerta de Carlos Roberto GONÇALVES:

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que

⁴⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 332.

⁴⁹ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 375.

⁵⁰ SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français**. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, tomo II, n. 525, p. 101.

⁵¹ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, vol. III, p. 607.

experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo⁵².

Também esta observação faz Eduardo ZANNONI, alegando que “o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”⁵³.

Alguns doutrinadores, como Paulo Luiz NETO LOBO⁵⁴, refutando o elemento subjetivo para a caracterização do dano moral, procuraram conceituá-lo como dano moral objetivo, o qual se configuraria quando houvesse lesão a um direito de personalidade. Esta opção, entretanto, não nos parece correta, pois leva à tipificação das hipóteses de dano moral, restringindo-o a circunstâncias *numerus clausus*, vez que este só existiria quando houvesse violação de um direito expresso.

Pietro PERLINGIERI considera esta solução equivocada, vez que, segundo ele, “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”⁵⁵.

Caio Mário da Silva PEREIRA ressalta que:

A enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária editar outros casos. Com efeito, aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente, de “*numerus clausus*”, ou enumeração taxativa⁵⁶.

Para Maria Celina Bodin de MORAES, “sob esta perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana”. A autora faz a ressalva de que: “quando, contudo, estes princípios, entrarem em colisão entre si, será preciso ponderar, através do exame dos

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. IV, p. 358.

⁵³ ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1987, p.234-235.

⁵⁴ LOBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 6, abr.-jun. 2001, p. 79.

⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional, trad. M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário Silva. *Op. cit.*

interesses em conflito, tais princípios em relação a seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana⁵⁷.

⁵⁷ BODIN de MORAES, Maria Celina. *Op. cit.*, p. 247.

4. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

4.1 Breves apontamentos

As obrigações nascem para serem cumpridas. Em geral, o cumprimento se dá nas exatas condições pactuadas pelas partes, por iniciativa do devedor e de forma espontânea, vindo, assim, a satisfazer integralmente o interesse do credor. Entretanto, inúmeras vezes esse adimplemento voluntário não ocorre, configurando o estado patológico da inexecução das obrigações.

Na seara negocial, as modalidades de descumprimento contratual são diversas e com linhas distintivas tênues. Como assevera Paulo NALIN, “depende do observador uma séria apreciação do caso concreto para enquadrar a situação em uma ou outra categoria. A sutileza entre as modalidades e seus limites, levou Westermann a afirmar que certas categorias possuem ‘zonas gris’”⁵⁸.

Por derradeiro, cumpre-nos esclarecer o presente trabalho utiliza-se da terminologia “inadimplemento” como espécie do gênero “descumprimento”, não adotando os ensinamentos de Carlos Roberto GONÇALVES⁵⁹ e Sérgio CARVALIERI FILHO⁶⁰, que defendem que o inadimplemento pode ser absoluto ou relativo, sendo este último, a situação de mora.

A seguir, discorrer-se-á acerca de cinco modalidades: inadimplemento absoluto, mora, violação positiva do contrato, cumprimento imperfeito e quebra antecipada do contrato.

4.2 Modalidades

4.2.1 *Inadimplemento absoluto*

⁵⁸ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 148.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 348.

⁶⁰ CARVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 182.

Configura-se o inadimplemento absoluto, também conhecido como inexecução definitiva, quando se torna impossível a prestação ou quando o devedor de prestação insubstituível nega-se a realizá-la, bem como na circunstância do credor não tem mais interesse em recebê-la.

Agostinho ALVIM ensina que se dá inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber⁶¹.

Por sua vez, Judith Martins-COSTA, ao conceituar o instituto, defende que a noção normativa de inadimplemento é a de “situação objetiva de não-realização da prestação devida e de insatisfação do credor, independentemente da causa da qual a falta procede”⁶².

Marcos CATALAN, em seu livro “Descumprimento contratual”, assim assevera:

No contexto do presente estudo melhor seria afirmar que haverá inadimplemento quando da recusa ou impossibilidade imputável ao devedor de desempenhar a obrigação nascida da relação negocial, em razão da impossibilidade física ou jurídica do objeto, desde que superveniente à conclusão do negócio jurídico, ou, ainda, quando houver a perda de interesse do credor na prestação. Quanto ao primeiro aspecto, tem-se que poderá nascer tanto do perecimento como da deterioração do objeto, como também da ausência de vontade do devedor em cumprir o ajustado⁶³.

Convém pontuar que tal modalidade de descumprimento contratual comporta duas espécies: total ou parcial. Será total quando a obrigação deixar de ser cumprida em sua totalidade, como é o caso do vendedor que se certifica de entregar o quadro X ao comprador, porém o bem perece por culpa daquele.

Dar-se-á o inadimplemento absoluto parcial quando a obrigação compreender mais objetos, sendo que alguns são entregues e outros não. A título exemplificativo, imagine-se uma confeitaria que se comprometeu a entregar cinco tipos de doces para um casamento, porém, só entrega quatro. A obrigação foi parcialmente cumprida, porém a parte restante configura inadimplemento absoluto,

⁶¹ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 25.

⁶² COSTA, Judith Martins. *Op. cit.*, p. 82.

⁶³ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 171.

pois não têm os noivos interesses em receber os doces em data diversa que a do casamento.

Insta esclarecer, ademais, a distinção entre o inadimplemento absoluto e a mora, modalidade de descumprimento contratual adiante abordada. Acerca do tema, assevera Agostinho ALVIM:

A ideia é esta: a distinção está na possibilidade ou impossibilidade. (...) Alguns civilistas, partindo do princípio de que a mora se verifica na hipótese de, a despeito do atraso, ser ainda possível o cumprimento da obrigação, vêem nisso um terceiro elemento da mora. Mas, rigorosamente falando, não há aí elemento novo, autônomo. Todavia, a apreciação da possibilidade ou impossibilidade de ser ainda cumprida a obrigação é decisiva, segundo ensinamento comum, para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto, já que umas são as consequências do inadimplemento absoluto, outras as da mora⁶⁴.

Adiante, continua o autor:

Acompanhando a doutrina dominante, nós entendemos que o critério para a distinção reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao devedor e sim ao credor: possibilidade ou não de se receber a prestação⁶⁵.

Portanto, verifica-se que, diferentemente da mora, no inadimplemento absoluto ocorre uma impossibilidade material para a realização da obrigação ou a falta de interesse do credor em receber a prestação.

Como ressalta Paulo NALIN, a manifestação da ausência de interesse do credor não fica somente a seu encargo. A rejeição, decorrente a imprestabilidade da realização futura da prestação, afere-se, antes de qualquer coisa, quando se trata de obrigação com data fixa, não em termos relativos, pois entende-se que a primeira deve ser realizada impreterivelmente no dia acordado, ao passo que os termos relativos tornam o atraso contornável.

Em sua obra, o referido autor dá-nos o seguinte exemplo:

Em uma obrigação de transporte “A”, contratante dos serviços da empresa “B”, que não tem sua mercadoria entregue em tempo hábil no porto de Santos, perde a possibilidade de acomodá-la e embarcá-la para a exportação. Neste caso, apesar do interesse do credor perdurar, não mais existe a possibilidade da execução da obrigação, face já ter zarpado o nau. “A”, diante de ser exportador pontual, fica

⁶⁴ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 53-54.

⁶⁵ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 57.

em situação delicada com o importador “C”, em virtude do descumprimento pela não remessa das mercadorias. Do descumprimento surgem prejuízos outros para o exportador, como a perda de mercado para a concorrência e o abalo do prestígio comercial quanto a sua pontualidade⁶⁶.

Com o brilhante exemplo dado, vislumbra-se que além do descumprimento contratual e sua conseqüente demanda por perdas e danos⁶⁷, tem o credor, ainda, a possibilidade de pleitear o dano extrapatrimonial sofrido.

Por derradeiro, ressalta-se que, para eximir-se de qualquer reparação e compensação de danos, cumpre ao devedor demonstrar que sua conduta foi justificada, quebrando assim o nexo de causalidade entre a ação e os danos sofridos.

Não demonstrado o fator externo que levaria a quebra do nexo causal, cabe ao devedor indenizar os prejuízos que seu inadimplemento venha a causar. Na seara negocial não há como se sustentar a necessidade de conduta culposa por parte do devedor que tenha descumprido a obrigação que assumiu por meio de sua vontade volitiva, podendo afirmar-se que impera nessa seara a teoria do risco, cabendo ao faltante a demonstração de que o incumprimento se deu por fatores alheios a sua esfera de atuação de vontade⁶⁸.

4.2.2 Mora

A análise do instituto da mora é de suma importância para a averiguação da incidência da responsabilidade civil. O estudioso alemão Harm Peter WESTERMANN assim discorre acerca do instituto:

A mora supera em importância prática a impossibilidade. Distingue-se entre a mora do devedor, considerando o retardamento de uma prestação em si ainda possível, e a mora do credor ou de aceitação, consistindo na não-aceitação da prestação do devedor regularmente oferecida⁶⁹.

⁶⁶ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 150.

⁶⁷ Cf. art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

⁶⁸ Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 175.

Portanto, vislumbra que a mora pode ser definida como um atraso culposo no cumprimento na obrigação, derivado de qualquer uma das partes, quando esta ainda é útil para o credor⁷⁰.

Inicialmente, cumpre-nos questionar se a noção de mora está umbilicalmente ligada ao atraso ou retardamento da prestação, conclusão esta que se extrai dos conceitos anteriormente expostos.

Se assim o fosse, como explicar o texto do art. 394⁷¹ do Código Civil brasileiro que amplia a noção da mesma para além do fator tempo, afirmando-a também presente quando da violação dos requisitos: lugar e modo de pagamento?⁷²

Verifica-se, portanto, que no ordenamento pátrio há um alargamento da noção de mora, na medida em que nosso Código Civil dilata o conceito para além do elemento tempo, incluindo a desobediência aos fatores lugar e modo.

Judith Martins-COSTA, ao lecionar o tema, brilhantemente aponta:

Os mais arcanos significados etimológicos indicam ser a mora um “esquecimento” que gera a memória do que devia ser prestado (ou recebido), e este não foi. Nas mais diversas legislações, este “não o foi” diz respeito ao retardo da prestação: o que devia ser prestado (ou recebido) não o foi no tempo devido. Esta equiparação entre mora e retardo, essa sua limitação ao tempo da prestação, tem colocado aos diversos sistemas jurídicos o problema de saber se constitui, ou não, mora o fato de a prestação ter sido prestada tempestivamente, no tempo devido, mas em local diverso, ou em modo diverso do devido. (...) Este problema não se justifica entre nós, pois a noção de mora do art. 394 (...) é ampla e flexível, abraçando todos esses casos, e correspondendo ao modo de ser integral da prestação [e] parece-nos relevante a opção brasileira, ao menos para enfatizar que não é apenas o retardo que seta no núcleo conceitual da mora⁷³.

Ademais, destaca-se que tal escolha do legislador brasileiro é inovadora, pois diversos ordenamentos jurídicos apresentam o conceito de mora atado

⁶⁹ WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil alemão: direito das obrigações, parte geral**. Trad.: Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 89. *Apud*: CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 138.

⁷⁰ Nesse sentido: RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário**. Trad.: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 176-177; WALD. Arnaldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 98.

⁷¹ Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

⁷² Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 138.

⁷³ COSTA, Judith Martins. *Op. cit.*, p. 224-225.

unicamente ao elemento temporal, como se vislumbra no Código Civil espanhol⁷⁴, no Código Civil português⁷⁵ e no Código Civil argentino⁷⁶, respeitando o conceito criado ao longo de séculos.

Superada a extensão do fenômeno moratório, cumpre-nos dissertar, ainda que brevemente, acerca das suas espécies: a mora do credor e a mora do devedor.

A mora do credor consiste na recusa, sem juto motivo, do recebimento do que lhe é devido. Marcos CATALAN, citando Enneccerus e Lehmann, define a mora creditória com sendo um atraso no cumprimento da obrigação fundado na ofensa à necessária colaboração, imposta ao credor enquanto dever lateral de conduta que tem como finte máxima, e que lhe dá suporte, o princípio da boa-fé objetiva⁷⁷.

De grande valia o destaque da desnecessidade do elemento culpa na mora *creditoris* ou *accipiendi*. Tal circunstância se justifica em razão da relação jurídica obrigacional complexa, na qual o devedor tem o direito de adimplir a obrigação com o intuito de libertar-se, independentemente da aceitação, ou não, do credor.

Ademais, sustenta-se que o elemento culpa é descartado na mora do credor, por conta da impossibilidade de justificativa lógica de aumento da responsabilidade do devedor quanto à guarda e conservação da coisa e ainda quanto aos ônus financeiros nascidos da *mora accipiendi*; ou seria possível entender que nenhum dos pólos da relação jurídica deva suportar os riscos do negócio?⁷⁸

⁷⁴ Artículo 1100. *Incurrer en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:*

1. *Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.*
2. *Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.*
En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

⁷⁵ Artigo 804º (Princípios gerais) 1. A simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor. 2. O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido.

⁷⁶ Artículo 509. *En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.*

Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable.

⁷⁷ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 141.

⁷⁸ Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 142.

Parece-nos evidente que a resposta de tal indagação é negativa, posto que, em nosso ordenamento jurídico, a mora creditória visa à isenção da responsabilidade do devedor pela perda ou deterioração do objeto, desde que não aja com dolo.

Outro argumento a fundamentar a desnecessidade da culpa no conceito da mora do credor advém do dever acessório de cooperação, imposto a ambas as partes pelo princípio da boa-fé objetiva. Acerca do tema, discorre Paulo NALIN:

(...) em que pese uma adequada dispensa do elemento subjetivo da responsabilidade civil, ele se abre perante o credor que não cooperar, há de se tratar que a matéria sob a ótica contratual, particularizada a violação obrigacional da cooperação, não somente pela mora, cuja tratativa já vem posta pelo próprio Código Civil nacional, como ainda, pelo inadimplemento e pela violação positiva do contrato⁷⁹.

Assim, verifica-se que é imposto ao credor o dever de colaborar com o devedor, na busca do adimplemento, sendo que quando não houve razão legítima para a recusa do recebimento, deve-se reconhecer a mora do credor.

Por fim, instar destacar que, ao contrário do Código Civil português, que prevê expressamente a dispensa no elemento culpa em seu art. 813º, o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta regra específica, cabendo à doutrina a defesa de que a mora do credor deverá sempre ser auferida no plano objetivo, dispensado o fator subjetivo.

Nas palavras de Marcos CATALAN, tal postura transparece seja em razão do direito que possui o devedor de quitar suas obrigações, seja por conta da incongruência em se admitir o agravamento da situação do devedor ou ainda por conta do dever de cooperação que se impõe ao credor em razão do feixe de deveres que acompanham o objeto do negócio jurídico e que emanam da relação jurídica obrigacional enquanto organismo complexo⁸⁰.

A mora do devedor, por sua vez, consiste no retardo, atribuído a fato imputável ao devedor, no cumprimento da obrigação. Segundo PONTES DE MIRANDA, possui dois pressupostos: a) que a obrigação exista e seja eficaz; e b) que as circunstâncias legais imponham ao devedor o dever de adimplir⁸¹. Paulo NALIN, por sua vez, aponta, dentre os pressupostos da mora, três fundamentais: a)

⁷⁹ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 196-197.

⁸⁰ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 144.

inexecução no vencimento; b) possibilidade de execução futura (purgação); e c) imputabilidade de execução do tema⁸².

Ao analisar o tema, Marcos CATALAN afirma que a primeira questão que insta esclarecer é pertinente ao início da mora, pois o estado moratório traz inúmeras consequências ao devedor, como a incidência de juros, o fenômeno da *perpetuatio obligationis* e a possibilidade do credor seu direito potestativo de resolução, como dispõe o art. 475 do Código Civil⁸³.

Na seara negocial, o legislador brasileiro trata do tema no art. 397 do Código Civil⁸⁴, versando o *caput* do artigo sobre as obrigações líquidas e certas vencíveis a termo, e seu parágrafo único, acerca das obrigações ilíquidas e prestações sem data para vencimento, necessitando as últimas da interpelação do devedor para a caracterização da mora, entendendo-se englobadas aqui, as obrigações condicionais, se de outro modo não puder realizar a prova do fator de eficacização da obrigação⁸⁵.

Tratamento semelhante é dado em diversos ordenamentos, dentre os quais podemos citar o português⁸⁶ e o chileno⁸⁷, que, como o direito pátrio, postulam que

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003, t. 23, p. 165.

⁸² NALIN, Paulo. **Responsabilidade...cit.**, p. 153

⁸³ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

⁸⁴ Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

⁸⁵ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 145.

⁸⁶ Art. 805º. (Momento da constituição em mora)

1. O devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir.

2. Há, porém, mora do devedor, independentemente de interpelação:

a) Se a obrigação tiver prazo certo;

b) Se a obrigação provier de facto ilícito;

c) Se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando-se interpelado, neste caso, na data em que normalmente o teria sido.

3. Se o crédito for ilíquido, não há mora enquanto se não tornar líquido, salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor; tratando-se, porém, de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, o devedor constitui-se em mora desde a citação, a menos que já haja então mora, nos termos da primeira parte deste número.

⁸⁷ Art. 1551. *El deudor está en mora,*

1. *Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;*

2. *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;*

3. *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.*

as obrigações a termo, vencidas, têm o condão de impor o estado moratório ao devedor, desde que este não comprove que o retardo deu-se por circunstâncias alheias a sua vontade ou está amparado no exercício regular de um direito.

Apontando como sendo o feito mais relevante da mora, dentro da seara do tema global do presente estudo, Paulo NALIN afirma que o credor, ainda que a prestação esteja em atraso, não pode resolver a obrigação antes que a mora se transforme em inexecução definitiva⁸⁸. Justificando tal posicionamento, o autor aduz que a relevância está dentro de um enfoque abstrato, pois ao se purgar a mora, pressupõe-se que o credor está satisfeito em todo o seu crédito, não restando nenhum prejuízo patrimonial e/ou extrapatrimonial a ser ressarcido e/ou compensado.

Portanto, vislumbra-se que a purgação enquadra-se bem nas obrigações de dar, de modo que se purgando a mora, os interesses do credor realizam-se quando ocorre o pagamento, tendo como efeito necessário a extinção da relação obrigacional.

Por sua vez, quando se tratar de obrigação de fazer, mais suscetível é a verificação dos danos extrapatrimoniais pela mora. Acerca do tema, Paulo NALIN ensina:

Parece mais suscetível de verificação de danos extrapatrimoniais pela mora, mesmo que tardiamente realizada a prestação, quando for obrigação de fazer, inclusive pelo fato de que, eventualmente, se trata de prestação personalíssima. A figura é usualmente esquecida pelos sistemas jurídicos de orientação francesa, conforme preconiza Polacco, à semelhança do nosso Código Civil, quando da análise da mora. Entretanto, uma imprescindível verificação da situação concreta se impõe, tendo em vista que responde o devedor pelos prejuízos que sejam consequência provável do não cumprimento tempestivo da prestação. A partir do momento que desrespeita o devedor o prazo contratualmente previsto, ou imposto pelo credor para o cumprimento, acaba por se enquadrar em um “estado de responsabilidade”, passando a ser sujeito passivo, em potencial, de ação indenizatória⁸⁹.

Assim, o devedor, além de cumprir com a obrigação anteriormente pactuada, tem a responsabilidade de indenizar o credor pelos eventuais prejuízos que o atraso no adimplemento tenha-lhe causado, inclusive os de natureza extrapatrimonial.

⁸⁸ NALIN, Paulo. **Responsabilidade...cit.**, p. 153.

⁸⁹ NALIN, Paulo. **Responsabilidade...cit.**, p. 156.

4.2.3 Violação positiva do contrato

A presente modalidade de inexecução das obrigações comporta inúmeros sinônimos, como cumprimento defeituoso, adimplemento ruim, inexecução contratual positiva⁹⁰. Independentemente da terminologia adotada, a espécie consiste na violação da obrigação por razão de vício na prestação, não por uma inexecução ou atraso. Portanto, diz respeito à sua qualidade, sem qualquer ligação à sua identidade ou quantidade.

Há muitos séculos, na França, Robert J. POTHIER discorreu acerca de um imóvel que, logo depois de construído e entregue ao dono que o encomendara, vem a desmoronar por fato atribuível ao construtor que não executou a obrigação como deveria e que tem como consequência o dever de indenizar o *accipiens* pelos danos sofridos⁹¹.

Antunes VARELA, por sua vez, ao exemplificar o instituto, imagina as hipóteses de uma açucareira que fornece, na data aprazada, as ramas de cana de açúcar prometidas à refinaria, destarte, envia ramas fermentadas; e a do fazendeiro que entregou, no prazo estipulado, as crias que vendera, outrossim, os animais estavam doentes⁹².

Em todos os exemplos supra mencionados, vislumbra-se a clara possibilidade da configuração do dano moral, em razão dos efeitos causado pelo descumprimento do dever secundário ou lateral de cada obrigação. Este é o cerne da definição conceitual da violação positiva do contrato.

O Código Civil brasileiro, ao tratar da matéria dentro do conceito de mora, de maneira inadequada⁹³, não oferece uma resposta satisfatória ao problema, circunstância que dá à doutrina a importante tarefa de construir o embasamento da violação contratual positiva.

⁹⁰ Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 161; NALIN, Paulo. **Responsabilidade...cit.**, p. 157.

⁹¹ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Trad: Arian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Sevanda, 2002, p. 144. *Apud*: CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p.p. 160.

⁹² VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, p. 61.

⁹³ Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 161.

Em nosso ordenamento pátrio, podemos pensar na incidência da hipótese de inexatidão qualitativa ao analisar o art. 441⁹⁴ e o art. 679⁹⁵ do Código Civil, além do art. 18⁹⁶ do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, não se verifica em solo brasileiro o tratamento específico da matéria, restando uma lacuna em nossa legislação, a qual deve ser superada analogicamente pela doutrina e pela jurisprudência.

Ante a ausência de norte legislativo, afora a variedade de nomenclatura, surgiram inúmeras teorias acerca do direito violado por esta modalidade de quebra contratual. De acordo com os estudos de Mota PINTO⁹⁷, podem-se destacar três correntes básicas: (a) a que os designa por *deveres de proteção* em face dos deveres de prestação; (b) a que os denomina como outros *deveres de conduta* ou *deveres de diligência*; e (c) a que os chama de *deveres laterais*⁹⁸.

Marcos CATALAN, ao tratar do tema⁹⁹, assim aduz:

No rol das situações de adimplemento inexato, ingressariam ainda as ofensas aos deveres laterais, desde que tragam, como já frisado, efeitos próprios, entendidos estes como efeitos diversos dos eventualmente causados em razão do incumprimento temporário ou definitivo, temas que diuturnamente ganham corpo no sistema de responsabilidade negocial, seja no microssistema consumerista, com referências expressas à responsabilidade objetiva, seja no sistema do Código Civil, onde se entende que também impera a mesma teoria¹⁰⁰.

Por derradeiro, insta esclarecer que o credor, ao receber a prestação de forma qualitativamente imperfeita, não teve seu interesse creditório necessariamente

⁹⁴ Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhes diminuam o valor.

⁹⁵ Art. 679. Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções.

⁹⁶ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

⁹⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 280. *Apud*: NALIN, **Responsabilidade...cit.**, p. 159.

⁹⁸ Cf. NALIN, Paulo. **Responsabilidade...cit.**, p. 159.

⁹⁹ Frise-se que para o referido autor, o cumprimento inexato refere-se ao fator quantitativo, bem como ao qualitativo.

¹⁰⁰ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 163-164.

satisfeito, vez que o recebimento de prestação viciada não tem o condão de extingui-la¹⁰¹.

Isto se dá em razão de umas das características dos deveres laterais, que é ausência de prestação determinada, de forma previamente definida, vindo a se delinear conforme a execução do contrato. Portanto, para a verificação do cumprimento e a conseqüente extinção do contrato, deve-se analisar a boa-fé (cooperação)¹⁰² do devedor.

Verificada que a prestação recebida não satisfaz integralmente ao credor, pois deixou resíduos referentes à violação dos deveres laterais, há a possibilidade de pleito de reparação de danos, inclusive de natureza extrapatrimonial.

4.2.4 Cumprimento imperfeito

Também denominada como cumprimento inexato, esta modalidade de inexecução das obrigações consiste no cumprimento vicioso por parte do devedor, que realiza a prestação defeituosamente, sem que esta corresponda integralmente ao pactuado.

Insta esclarecer que a diferença básica entre esta espécie e a anterior explanada encontra-se no fato de que o cumprimento imperfeito, além da qualidade, diz respeito também à quantidade da prestação, referindo-se, portanto, a obrigação principal.

Há autores que defendem a existência de uma única modalidade abrangedora de ambos os aspectos, como é o caso de Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, que afirma que a imperfeição procede de ofensa: ao modo e a forma estabelecidos para a prestação, aí incluída a quantidade e a qualidade (entrega de coisas em quantia inferior; prestação de serviços com deficiência); ao tempo (os serviços prestados por menos tempo do que o previsto) e ao lugar (mercadorias entregues em cidade diversa da indicada). O cumprimento imperfeito pode estar ligado à própria prestação principal e assim ofender diretamente a obrigação

¹⁰¹ COSTA, Mario Julio de Almeida. **Direito das obrigações**. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 745.

¹⁰² Cf. NALIN, Paulo. **Responsabilidade...cít.**, p. 161.

principal, mas também pode decorrer de descumprimento da obrigação acessória, sendo essa violação causadora de ofensa indireta à obrigação principal¹⁰³.

No presente estudo, não coadunamos com tal posicionamento, reservando-nos a defender que a violação positiva do contrato refere-se ao descumprimento de um dever lateral de conduta, ao passo que o cumprimento imperfeito concerne à obrigação principal¹⁰⁴.

Dentre os pressupostos dessa modalidade de inexecução, Paulo Romano MARTINEZ ressalta (a) a realização da prestação pelo devedor; (b) a violação ao princípio da pontualidade; (c) a aceitação da prestação pelo credor, mediante sua ignorância quanto ao defeito; (d) mostrar-se o defeito relevante; e (e) sobrevirem danos típicos¹⁰⁵.

Acerca da violação do princípio da pontualidade, o autor assevera que existem nove classes, quais sejam: (i) a realização da prestação de forma diversa do contratado; (ii) a prestação realizada em tempo distinto do pactuado (antecipada ou atrasada); (iii) inobservância da quantidade devida, a maior ou a menor; (iv) violação quanto ao local de execução da obrigação; (v) entrega de uma coisa por outra; (vi) inobservância da qualidade da coisa entregue; (vii) objeto de contrato sobre o qual recaí gravame ou ônus; (viii) violação a deveres acessórios¹⁰⁶; e (ix) formas que a lei expressamente definir como defeituoso o cumprimento¹⁰⁷.

4.2.5 Quebra antecipada do contrato

¹⁰³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 124.

¹⁰⁴ Destaca-se a afirmação de Carlos Alberto Mota PINTO: “(...) *chave dos ‘deveres laterais’ é o fim do contrato, ao serviço do qual se encontram; a finalidade do dever de prestação, sendo mediatamente o fim do contrato, é diretamente a satisfação do interesse na prestação; os deveres laterais criam as condições para uma consecução, sem estorvo, do fim visado; o dever de prestação é o elemento principal, a ‘alavanca’, com que o fim pode ser conseguido*” (Op. cit., p. 290).

¹⁰⁵ MARTINEZ, Paulo Romano. **Cumprimento defeituoso**: em especial da compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 1994, p. 144.

¹⁰⁶ Diante do evidente choque entre este pensamento e a violação positiva do contrato, utilizamo-nos das palavras de Paulo NALIN para explicá-lo: “*Esta hipótese em particular, praticamente se choca com a violação positiva do contrato, o que se justifica na posição do autor em análise, na medida em que aceita a figura somente enquanto sinônima de cumprimento defeituoso. Esclarece o autor que a violação positiva do contrato tem surtido efeito, e ainda restrito, somente na Alemanha, pois teria sido esta a solução encontrada pelo BGB, para suprir a deficiente regulamentação no que respeita à responsabilidade aquiliana*” (**Responsabilidade...** cit., p. 164, nota 513).

¹⁰⁷ MARTINEZ, Paulo Romano. Op. cit., p. 514.

Dentre as modalidades de descumprimento contratual, encontramos a quebra antecipada do contrato, também denominada inadimplemento antecipado do contrato, cuja terminologia original é *anticipated breach of contract*¹⁰⁸.

Tal modalidade prevê a possibilidade real de uma das partes pactuantes revelar, seja por seus atos, seja expressamente, que descumprirá a parcela contratual a que esta obrigado. Assim, resta claro que tal modalidade só é aplicável a contratos de execução futura ou sem termo certo, além da execução diferida, na medida em que a renovação da obrigação, pelo pagamento da parcela futura, gera a oportunidade em se descumprir antecipadamente¹⁰⁹.

Insta esclarecer a importância de não se confundir a quebra antecipada do contrato com o vencimento antecipado da obrigação. Esta consiste na circunstância da obrigação ganhar eficácia antes do termo pactuado entre as partes, por conta da ocorrência de algumas situações no plano concreto.

Citando Ruy Rosado de Aguiar, Marcos CATALAN afirma que seria possível o incumprimento antecipado quando se verifique que o devedor adote conduta nitidamente contrária à obrigação, de tal modo que seja possível prever, à luz da base fática objetivamente considerada, que a prestação não será desempenhada¹¹⁰.

Ademais, continua o autor, afirmando que Araken de ASSIS, admitindo a hipótese, assevera que a figura carece de previsão expressa que venha a equiparar seus efeitos aos do incumprimento definitivo ou possibilitando o vencimento antecipado do negócio¹¹¹, com o que concorda Judith Martins-COSTA defendendo o uso do raciocínio analógico da *exceptio non adimpleti contractus* necessariamente conectada à boa-fé objetiva¹¹²¹¹³.

Acerca do tema, merece destaque a lição de Anelise BECKER:

Nosso direito, ainda fiel à visão pandectística da relação obrigacional, veda expressamente ao credor demandar o devedor antes de vencida a dívida, com certeza por desconhecer a relação de confiança que liga as partes durante todo o curso do vínculo.

¹⁰⁸ Cf. NALIN, Paulo. **Responsabilidade...** *cit.*, p. 166.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 178.

¹¹¹ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

¹¹² COSTA, Judith Martins. *Op. cit.*, p. 167.

¹¹³ CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 179.

Considerando esta, é perfeitamente possível a adoção da teoria do inadimplemento antecipado entre nós, por tratar-se da violação daquele direito que desde o nascimento da relação obrigacional tem o credo de tê-la mantida firme, presumindo que o devedor manter-se-á sempre pronto, hábil e querendo adimplir, exigível durante a vida da relação e, por tanto, violável, passível de ocasionar um verdadeiro inadimplemento que, em relação ao termo do contrato, seria antecipado¹¹⁴.

Em nosso ordenamento jurídico, o Superior Tribunal de Justiça não se mostra alheio a tal modalidade em seus julgados, embora ainda imbuídos de grande timidez por conta do excessivo apego ao princípio da conservação dos negócios jurídicos¹¹⁵.

A fim de exemplificar uma circunstância em que pode ocorrer a quebra antecipada do contrato, deixando de lado as grandes obras que demandam um lapso temporal razoável para serem executadas, podemos pensar em exemplos com prestações menos complexas, como um contrato pactuado para aulas particulares de certo idioma, a serem ministradas no período de férias do aluno, quando se descobre que o professor está indisponível no período, por estar em uma longa viagem, ou então que aquele mestre não tem conhecimento do idioma que deveria ensinar¹¹⁶.

Ao discorrer sobre esta modalidade de descumprimento contratual, Paulo NALIN ensina:

A quebra antecipada pode gerar na esfera jurídica do contratante previamente frustrado prejuízos de toda a ordem. Constatados tais prejuízos, mesmo que futuros, deverá o contratante prejudicado ajuizar indenização, optando pela espera do vencimento da parcela a vencer, ou, imediatamente, quando toma ciência do descumprimento que há por vir. A escolha cabe ao credor, podendo ser reparado dos prejuízos sofridos, ou que sofrerá¹¹⁷.

Portanto, vislumbra-se que esta modalidade de descumprimento contratual refere-se à circunstância de a parte verificar, antes da data acordada para o cumprimento, que a prestação não será cumprida, gerando inúmeros danos que por ela serão suportados, seja de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, em decorrência da inobservância ao conteúdo anterior pactuado.

¹¹⁴ BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *In: Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, 1994, n. 12, p. 77-78.

¹¹⁵ Cf. NALIN, Paulo. **Responsabilidade...cit.**, p. 167.

¹¹⁶ Cf. CATALAN, Marcos Jorge. *Op. cit.*, p. 181.

¹¹⁷ NALIN, Paulo. **Responsabilidade...cit.**, p. 171.

5. DANOS MORAIS CONTRATUAIS

5.1 Possibilidade de reparação

A doutrina nacional limita-se a posicionar-se favoravelmente ou não à reparação do dano moral contratual, inclinando-se, em sua grande maioria, a aceitar a teoria da compensação do dano moral decorrente do descumprimento contratual.

Todavia, a ausência de questionamentos mais profundos e precisos do tema faz com que a civilística venha se apoiando na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fazendo dela uma fonte inicial para as suas próprias reflexões e conclusões¹¹⁸.

O entendimento da doutrina majoritária baseia-se, substancialmente, na inexistência de motivação legal para a distinção entre a culpa contratual e a culpa aquiliana, bem como na ausência de vedação legal, em nosso ordenamento jurídico, do dano moral contratual. Entretanto, cumpre-nos destacar a ausência de dispositivo em sentido contrário, ou seja, que preveja a compensação do dano moral decorrente do descumprimento contratual.

Verifica-se, portanto, que é esta lacuna legal acerca do assunto específico que possibilita as inúmeras correntes de posicionamento variados, sejam favoráveis, sejam contrárias. Via de regra, tem se mostrado dominante o seguinte posicionamento doutrinário: “Uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito e dano moral que resulta de fato ilícito relativo”¹¹⁹.

Tal raciocínio apresenta-nos, também, Agostinho ALVIM, que apesar de ser contrário à compensação geral do dano moral em qualquer circunstância, assim ensina: “parece-nos sem razão a distinção pretendida entre dano oriundo de culpa aquiliana e o de culpa contratual. A indenizar-se o dano moral, tanto faz que a sua procedência seja violação do contrato, ou culpa extracontratual”¹²⁰.

¹¹⁸ NALIN, Paulo. Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual: enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: **Direito em Movimento**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 273.

¹¹⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 462.

¹²⁰ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 240.

Com pensamento diverso, apontando claramente a divergência doutrinária do tema, podemos destacar a manifestação de Carlos Roberto GONÇALVES:

A distinção que se pode fazer é de natureza fática, exigindo-se a prova, em cada caso, da perturbação da esfera anímica do lesado, que nem sempre se iguala à que sofre quem perde um ente querido ou tem a sua honra agravada. (...) Na realidade, o dano moral pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante, trata-se, em princípio, de dissabor a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. No entanto, o dano moral não deve ser afastado em todos os casos de inadimplemento contratual, mas limitado a situações excepcionais e que extrapolem o simples descumprimento da avença¹²¹.

Desde logo, com a devida vênia, cumpre-nos discordar do posicionamento do referido autor, como bem o fez Paulo NALIN¹²², pois a conclusão é contrária a teoria da responsabilidade contratual no pertinente ao ônus probatório, além de exigir a prova da ocorrência do dano moral, tema que se revela superado em âmbito doutrinário e jurisprudencial, já que é sabido que o dano moral verifica-se *in re ipsa*.

Enquanto permanecemos presos nesse retrocesso jurídico, diversos ordenamentos latino-americanos, como é o caso do argentino e do chileno, mostram-se um passo a frente, tendo o entendimento pacífico de que em razão da unidade sistema da responsabilidade civil, não se é permitido diferenciar danos morais contratuais e extracontratuais.

E as teorias do direito comparado estão corretas, pois não é possível fazer está diferenciação, tratando da matéria como se coisas diversas fossem, renegando a teoria eclética. Como anteriormente dito, a distinção entre a responsabilidade aquiliana e a contratual reside no plano da origem da ilicitude. Antunes VARELA afirmou que uma, assente na violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos; a outra, resultante do não cumprimento, *lato sensu*, dos deveres relativos próprios das obrigações, incluindo os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no seio da complexa relação obrigacional¹²³.

Conclui-se, a partir dessa lição, que a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana não são comportamento estanques, constituindo, na

¹²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial do direito das obrigações**, p. 378-379. *Apud*: NALIN, Paulo. **Apontamentos ... cit.**, p. 274.

¹²² NALIN, Paulo. **Apontamentos ... cit.**, p. 275.

¹²³ VARELA, Antunes. *Op. cit.*, p. 511.

verdade, vasos comunicantes, como defendem os adeptos da teoria eclética: unidade genérica e diferenças específicas.

Esta unidade genérica está evidente no atual Código Civil, em seu art. 186¹²⁴, que prevê os elementos da configuração do ato ilícito e, conseqüentemente, do dever de indenizar. O referido artigo consiste na cláusula geral da responsabilidade e, com a simples leitura do mesmo, vislumbra-se que ele não traz qualquer distinção entre a responsabilidade civil contratual e a aquiliana.

Portanto, exigir elementos diferenciadores para a configuração do dano moral decorrente do descumprimento contratual representa uma violação legal, pois a cláusula geral do nosso ordenamento jurídico não faz traz exigência.

No pertinente às diferenças específicas, a mais importante diz respeito à presunção de culpa do devedor, pois na responsabilidade contratual a culpa é presumida, cabendo a parte que infringiu o contrato provar a sua inexistência¹²⁵. Antunes VARELA explica que “no caso de responsabilidade contratual, como a obrigação já existente reclama do devedor a realização da prestação, se esta falhar, é ao devedor que cumpre alegar e provar a sua falta de culpa¹²⁶.”

Paulo NALIN bem pontuou:

... a precisa localização do ilícito cotejado no caso concreto pode definir a distribuição do ônus probatório pelo julgador. Evidentemente, a caracterização da responsabilidade como sendo contratual gera elemento de grande utilidade prática ao credor da obrigação, seja ela patrimonial ou extrapatrimonial, pois presumida a culpa do devedor. Sabe-se que a prova da culpa é das mais tortuosas no plano da responsabilidade civil, tanto que se observa o avanço contínuo da responsabilidade objetiva, em homenagem ao solidarismo social e à melhor distribuição dos riscos¹²⁷.

Dentro desse quadro geral, acertada se mostra a localização da responsabilidade contratual, em especial o dano moral decorrente do descumprimento contratual, em razão da complexa dinâmica do contrato pós-moderno. Ademais, tal localização resulta da boa técnica de julgamento, que visa à ampla tutela da personalidade e da dignidade humana.

¹²⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹²⁵ Nesse sentido: GARCEZ NETO, Martinho. *Op. cit.*, p. 77.

¹²⁶ VARELA, Antunes. *Op. cit.*, p. 120.

¹²⁷ NALIN, Paulo. **Apontamentos ... cit.**, p. 286.

Como exposto anteriormente, o dano moral nada mais do que uma repercussão no plano existencial da pessoa. Embora seja simples seu conceito, o quadro de lesões é extenso e variado, já que pode ser o sujeito de direito atingido em diversos perfis, sendo possível a ofensa à integridade física, a perda da auto-estima, a dor psíquica, a violação de interesses intelectuais, etc. Todos esses são exemplos de danos extrapatrimoniais que podem ter origem na violação de um direito, bem como no descumprimento de um contrato pactuado.

Configurado o dano, independente da sua origem, deve este ser reparado e/ou compensado, pois, como afirmou Giorgio GIORGI, “a justiça humana não pode tolerar que as ofensas fiquem sem reparação”¹²⁸. Ainda mais em razão da natureza do direito violado, pois o desrespeito à personalidade atenta contra a dignidade da pessoa humana, grande valor jurídico do nosso ordenamento pátrio, de modo que não se mostra correto impor limitações à sua proteção.

Como bem ensina Maria Celina Bodin de MORAES, a compensação por danos morais representa a grande resposta à violação dos direitos de personalidade, em razão da falta de melhor remédio judicial. A referida autora aduz que:

...é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundamental de nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais, merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através da prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a serem causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha¹²⁹.

Após este apanhado teórico do tema, vislumbra-se, estreme de dúvidas, a possibilidade de reparação dos danos morais decorrentes do descumprimento contratual, pois “não podem os danos morais sofrer qualquer tipo de restrição, limitação ou discriminação, justamente porque visam atenuar, sem embargo de também punir, o ilícito contra o valor constitucional mais significativo de nosso

¹²⁸ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni*. 5. ed. Florença: Casa Editrice, 1900. v. 5, p. 1989. No original: “...la giustizia umana non può tollerare, che le offese rimangano senza soddisfacimento”.

¹²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56.

sistema jurídico”¹³⁰. Entretanto, não é o que vemos em nossa jurisprudência, como demonstraremos a seguir.

5.2 Análise da jurisprudência pátria

5.2.1 Superior Tribunal de Justiça

Em que pese o grande avanço doutrinário, sendo majoritário o entendimento favorável à reparação dos danos morais decorrentes do descumprimento contratual, a jurisprudência pátria não tem seguido o mesmo caminho.

Iniciando pelo Superior Tribunal de Justiça, vislumbramos um posicionamento predominante contrário, genericamente, à compensação do dano moral oriundo da violação contratual. Vejamos as seguintes ementas:

Ação de rescisão de contrato. Empreendimento imobiliário. Impontualidade na entrega da obra. Danos morais.

1. O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível.
2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da prolação da sentença que fixa o quantum indenizatório.
3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido¹³¹.

Civil. Dano moral. O só inadimplemento contratual não caracteriza o dano moral. Agravo regimental provido em parte¹³².

Direito civil e processo civil. Recurso especial. Ação de cobrança de complementação de valor da indenização de seguro obrigatório. DPVAT. Danos morais. Inadimplemento contratual. Inviabilidade do pleito.

¹³⁰ NALIN, Paulo. **Apontamentos ... cit.**, p. 288.

¹³¹ STJ – Resp nº. 876527/RJ – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. em 01/abr./2008.

¹³² STJ – Terceira Turma – AgRg no Ag nº. 605950/RJ – Rel. Min. Ari Pargendler – j. em 15/fev./2007.

- O mero dissabor ocasionado por inadimplemento contratual, ao não pagar a seguradora o valor total previsto em lei, não configura, em regra, ato lesivo a ensejar a reparação de danos morais. Precedentes.

- Deve, contudo, ser condenada a seguradora a complementar o valor da indenização concernente ao seguro obrigatório, nos termos em que dispõe o art. 3º, alínea "a", da Lei n.º 6.194/74, como estabeleceu o Juízo de origem. Recurso especial conhecido e provido¹³³.

Dano material e moral. Contrato de seguro. Juros moratórios.

1. Na linha de jurisprudência da Corte, em cenário como o dos autos, não cabe a indenização por dano moral em decorrência de inadimplemento contratual.

2. Os juros legais, no caso, seguem a disciplina do art. 1.062 do Código Civil de 1916, devendo ser calculados a partir da entrada em vigor do novo Código pelo regime do respectivo art. 406.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte¹³⁴.

Responsabilidade civil. Dano moral. Seguro-saúde. Cirurgia em menor (criptorquidia). Ausência de autorização da seguradora. Inadimplemento contratual.

O inadimplemento contratual não enseja, por si só, reparação por dano moral. Hipótese em que não se vislumbra excepcionalidade apta a tornar justificável a indenização. Recurso especial conhecido e provido¹³⁵.

Assim, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de que é inviável a indenização por dano moral decorrente de descumprimento contratual.

Curioso, contudo, observar que o mesmo Tribunal, em inúmeros outros julgados, posiciona-se favoravelmente à reparação desses danos, ainda que não mencione a expressão “dano moral contratual”, nem mesmo localize-os no plano da responsabilidade civil contratual¹³⁶. Confira-se as seguintes ementas:

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Recusa do plano de saúde em arcar com custos de cirurgia e implante de 'Stent Cypher', ao argumento de que tal aparelho seria, ainda, experimental. Alegação negada pelas provas dos autos e pela própria conduta posterior da seguradora, que nenhuma objeção impôs a idêntico pedido, em data posterior. Danos morais

¹³³ STJ – Terceira Turma – REsp nº. 723729/RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. em 25/set./2006.

¹³⁴ STJ – Quarta Turma – REsp nº. 661421/CE – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. em 26/set./2005.

¹³⁵ STJ – Quarta Turma – REsp nº. 636002/RJ – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j. em 08/jun./2004.

¹³⁶ Cf. NALIN, Paulo. **Apontamentos ... cit.**, p. 271.

configurados, de acordo com pacífica jurisprudência do STJ. Perdas e danos. Possibilidade de pedido específico já na inicial, não realizado pelo autor. Impossibilidade de delegação da questão à liquidação da sentença em tal circunstância.

- Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele (...)¹³⁷.

TRANSPORTE AÉREO - ATRASO DE VÔO E EXTRAVIO DE BAGAGEM - DANO MORAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - DANOS MATERIAL E MORAL FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU - APELAÇÃO - REFORMA DA SENTENÇA - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA REFORMA - SENTENÇA DE 1º GRAU RESTABELECIDO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

I - Prevalece o entendimento na Seção de Direito Privado "de que tratando-se de relação de consumo, em que as autoras figuram inquestionavelmente como destinatárias finais dos serviços de transporte, aplicável é à espécie o Código de Defesa do Consumidor" (REsp 538.685, Min. Raphael de Barros Monteiro, DJ de 16/2/2004).

II - De igual forma, subsiste orientação da E. Segunda Seção, na linha de que "a ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando hipótese de caso fortuito ou de força maior", de modo que "cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de vôo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores" (Ag. Reg. No Agravo n. 442.487-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09/10/2006).

III - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido também em parte, para restabelecer-se a sentença de primeiro grau, fixada a indenização por dano material em R\$194,90 e, por seu turno, a relativa ao dano moral na quantia de R\$5.000,00, atualizáveis a contar da data da decisão do recurso especial¹³⁸.

Em brilhante trabalho desenvolvido por Paulo NALIN, o autor assevera que além do indesejado conflito jurisprudencial e da quebra de uma das funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a uniformização jurisprudencial da matéria infraconstitucional, revela fragilidades conceituais quanto aos institutos do contrato e da responsabilidade civil, em suas perspectivas principiológicas e funcionais contemporâneas¹³⁹.

Vislumbra-se, portanto, a jurisprudência do citado Tribunal cria "espécies" de danos morais, sendo que aqueles taxados de contratuais, ou seja, os decorrentes do

¹³⁷ STJ – Terceira Turma – Resp nº. 993876/DF – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 06/dez./2007.

¹³⁸ STJ – Quarta Turma – Resp nº. 612817/MA – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. 20/set./2007.

¹³⁹ NALIN, Paulo. **Apontamentos ... cit.**, p. 272.

descumprimento do contrato, não merecem compensação, pois, segundo o entendimento, sequer se configuram.

Como anteriormente exposto no presente trabalho, tal posicionamento carece de fundamentação lógico-jurídica, haja vista que não podemos ignorar a teoria eclética da responsabilidade civil, adotada por nosso ordenamento jurídico, desde o Código Civil de 1916.

5.2.2 Tribunais estaduais

Seguindo a mesma linha adota pelo Superior Tribunal de Justiça, verificamos diversos julgados nos Tribunais de Justiça estaduais que, mencionando o posicionamento daquele Tribunal, decidem contrariamente à reparação dos danos morais contratuais, como se denota das ementas abaixo:

Responsabilidade civil. Seguro de vida coletivo. Manutenção do contrato nas mesmas bases. Possibilidade. Rescisão unilateral. Cláusula abusiva. Sentença extra petita. Adequação ao pedido. Dano moral. Inexistência. Sucumbência recíproca. Honorários advocatícios. Majoração devida. 1. Presume-se ajustado por toda a vida o contrato de seguro mantido por anos a fio sem qualquer alteração nas cláusulas contratuais (art. 1.476, do CC/1916) 2. O contrato de seguro de vida é aleatório, funda-se na ocorrência ou não do risco. 3. Em homenagem ao princípio da celeridade e instrumentalidade processual, cumpre ao Tribunal reduzir a sentença extra petita aos limites do pedido. 4. O inadimplemento contratual, por si só, não é suficiente para configurar a indenização por dano moral. 5. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. 6. Os honorários advocatícios, no caso do art. 20, §4, do CPC devem ser fixados de forma equitativa pelo juiz. Apelação 1 não provida. Apelação 2 parcialmente provida¹⁴⁰.

Apelação cível - Seguro de vida com cobertura para invalidez total ou parcial - Prescrição afastada - Prazo ânua - Termo inicial - Pagamento realizado a menor - Julgamento do processo na forma do artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Prova desnecessária para o desate da lide - Incapacidade para as atividades laborais devidamente comprovada - Segurado aposentado por invalidez pelo INSS - Seguradora que efetua o pagamento a menor,

¹⁴⁰ TJPR – Ap. Cív. nº. 0572412-9 – Rel. Des. Nilson Mizuta – j. em 04/jun./2009.

considerando a invalidez parcial do segurado - Complementação da indenização securitária devida - Valor da indenização - Capital segurado no momento do acidente - Dano moral - Não configurado - Mero descumprimento contratual. Recurso parcialmente provido. 1. "Incide a prescrição ânua, cujo termo inicial é contado a partir da data em que o segurado tomar ciência do pagamento incompleto efetuado pela seguradora (...)." (ERESP nº 474.147, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 14/04/2004). 2. Revela-se desnecessária a dilação probatória, quando a prova documental trazida aos autos é suficiente para formar o convencimento do Juiz, não havendo que se falar em cerceamento de defesa. Comprovada a invalidez total e permanente do segurado para o exercício de sua profissão, a qual foi atestada pelo INSS, que lhe concedeu o benefício de Aposentadoria por Invalidez, é de se concluir que o mesmo faz jus ao recebimento da complementação da indenização securitária contratada. 3. O valor da indenização deve ser aquele vigente na data do acidente. Precedentes. 4. O inadimplemento contratual, 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. Precedentes¹⁴¹.

I. Caderneta de poupança. Expurgos inflacionários. Planos Verão, Collor I e II. Sentença de improcedência. - II. Uma vez comprovada a existência da poupança e de saldo, impõe-se a acolhida do pedido inicial. - III. Antecedentes jurisprudenciais, afastando qualquer controvérsia sobre o tema objeto da lide. - IV. Dano moral inexistente. Simples inadimplemento contratual. Súmula 75, TJRJ. - V. Reforma da sentença para julgar procedente o pedido inicial, declarada recíproca a sucumbência. - VII. Recurso provido, na forma do art. 557, § 1º-A, do CPC¹⁴².

Agravo nominado em apelação cível. Agravo contra decisão monocrática do relator que deu parcial provimento ao recurso interposto pelo agravado e provimento ao recurso interposto pela agravante. Plano de saúde. Ação indenizatória. Danos morais e materiais. Recusa da ré ao custeio de materiais necessários à cirurgia da autora. Abusividade da cláusula contratual que exclui a cobertura de próteses e órteses, quando estes são necessários ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Dano moral. Mero inadimplemento contratual que não gera por si só dano imaterial. Honorários de advogado incidentes de acordo com o valor da condenação. Recurso a que se nega provimento, mantendo a decisão atacada¹⁴³.

Apelação cível. Telemar. Falha no serviço. Contrato firmado com terceiro estelionatário. Ausência de qualquer restrição creditícia em

¹⁴¹ TJPR – Ap. Cív. nº. 0573661-6 – Rel. Des. Nilson Mizuta – j. em 04/jun./2009.

¹⁴² TJRJ – Ap. Cív. nº. 2009.001.31385 – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Maurício Pereira – j. em 22/jul./2009.

¹⁴³ TJRJ – Décima Quarta Câmara Cível – Ap. Cív. nº. 2009.001.32641 – Rel. Des. Cleber Ghelfenstein – j. em 22/jul./2009.

nome da autora. Mero inadimplemento contratual. Os danos morais não decorrem automaticamente da inexecução do contrato, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte. Verbete sumular nº. 75 do E. TJ/RJ. Apelação da autora a que se nega seguimento e apelo da ré a que se dá parcial provimento para julgar improcedente o pedido de condenação por danos morais¹⁴⁴.

Apelação - Ação cautelar e indenizatória de danos morais - Procedência da cautelar e improcedência da ação principal - Inconformismo - Cirurgia que foi realizada após efetiva intimação da ré para cumprir o despacho da cautelar - Simples descumprimento do contrato que, por si, não leva à condenação por dano moral - Cirurgia que foi realizada antes do curso do prazo de 30 dias na própria cautelar - No caso presente, a possível situação desagradável passada pelo autor não pode fazer jus a uma indenização desse teor - Recurso desprovido¹⁴⁵.

Compra e venda de motocicleta e contrato de financiamento - Veículo entregue em um dia e levado à vendedora, no dia seguinte, para conserto de diversos problemas - Demora em conserto por mais de trinta dias - Ação de rescisão dos contratos, com a consequente devolução das quantias pagas e indenização por dano moral - Correta solução dada à demanda endereçada contra o Banco (extinção da ação por ilegitimidade passiva), eis que o autor não pode pretender ficar com o numerário que lhe foi entregue para pagamento do veículo (que seria devolvido pela vendedora) e, ainda assim, não pagar pelo financiamento - Não obstante, procedência parcial da ação, em relação à vendedora - Existência de violação ao art. 18 do CDC - Ré que não se desincumbiu da prova que lhe competia, ou seja, a realização do conserto no prazo legal de 30 (trinta) dias - Dano moral não configurado - O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os deveres de um negócio frustrado - Apelação provida em parte¹⁴⁶.

Além da imprecisa aplicação de conceitos e normas nesse posicionamento, como anteriormente explanado, a adoção dessa linha de pensamento tem trazidos sérios problemas haja vista que os Tribunais Estaduais têm aplicado esse raciocínio em questões nas quais o Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito de indenização por danos morais.

Este é caso da sentença do 3º Juizado Especial Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba de ação indenizatória por atraso aéreo, na qual a pretensão do autor foi julgada improcedente, com expressa

¹⁴⁴ TJRJ – Décima Terceira Câmara Cível – Ap. Cív. nº. 2009.001.40310 –Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes – j. em 21/jul./2009.

¹⁴⁵ TJSP – Oitava Câmara de Direito Privado – Ap. Cív. nº. 4314444900 – Rel. Des. Ribeiro da Silva – j. em 29/jul./2009.

¹⁴⁶ TJSP – Trigesima Sexta Câmara de Direito Privado – Ap. Cív. nº. 1230184004 – Rel. Des. Romeu Ricupero – j. em 29/jul./2009.

referência ao Excelso Tribunal¹⁴⁷. Em sede de recurso, a Turma Recursal do Juizado Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reformou a decisão, reconhecendo a configuração do dano moral *in re ipsa*, condenando a empresa de transporte aéreo ao pagamento de indenização compensatória¹⁴⁸.

Assim, verifica-se que o antagonismo entre as decisões jurisprudenciais leva a indesejada insegurança jurídica, pois questões semelhantes, quiçá idênticas, recebem tratamentos díspares, todos embasados em anteriores julgamentos, em especial, do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁴⁷ “O pedido de indenização por danos morais, conforme Jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça, não é cabível no caso de inadimplemento contratual, conforme se configura nos autos”. Ação nº. 2008.672-0 – Juíza de Direito Diocélia da Graça Mesquita Favaro – j. em 02/jun./2008.

¹⁴⁸ “Reparação por danos materiais e morais - Atraso de voo - Falha na prestação do serviço - Tratamento desrespeitoso dos funcionários da ré perante o consumidor - Aplicação do artigo 14 do CDC - Dano moral *in re ipsa* - Prejuízo material - Devidamente comprovado em relação à despesa com alimentação e desconto salarial por perda de benefício de assiduidade - Restituição devida - Sentença parcialmente reformada” (TRU – RI nº. 2009.7396-0 – Rel. Telmo Zaions Zainko – j. em 28/ago./2009).

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo a análise dos danos morais decorrentes do descumprimento contratual, tema de enorme relevância atual, que tem gerado inúmeros inconvenientes em razão dos conflitantes posicionamentos dados pela jurisprudência ao tema.

Em especial, analisou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que o descumprimento contratual não acarreta danos morais, pois a inobservância de cláusulas contratuais não tem o condão de gerar ofensa anormal à personalidade.

A fim de apontar a incongruência desse posicionamento, iniciamos com o estudo do instituto da responsabilidade civil, desde sua evolução histórica, passando pela distinção entre responsabilidade civil aquiliana e responsabilidade civil contratual, até a análise dos pressupostos necessários à obrigação de reparar. Encerrando a análise deste tão importante instituto do nosso ordenamento jurídico, fizemos referência aos chamados 'novos paradigmas', que nada mais do que as atuais tendências da responsabilidade civil atualmente.

Neste capítulo, merece destaque o estudo sobre as teorias monista, dualista e eclética, que discorrem acerca da separação entre a responsabilidade civil aquiliana e a contratual. Como foi exposto no decorrer do trabalho, a teoria eclética, ao afirmar que devemos partir de um sistema geral da responsabilidade civil, porém buscar, fora deste, solução para as peculiaridades do caso concreto, apresenta-se como a mais adequada para nosso ordenamento, ao passo que não limita nem extirpa as garantias constitucionais à tutela da dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento, abordamos o dano moral, instituto cuja autonomia e reparabilidade foram garantidas pela Constituição Federal de 1988. Partindo de sua análise histórica mundial, apontamos a evolução do instituto no direito brasileiro, definindo seu conceito e fundamento jurídico.

Na terceira parte do estudo, dedicamo-nos ao descumprimento contratual. Iniciando com breves apontamentos conceituais, estudamos cinco modalidades: inadimplemento absoluto, mora, violação positiva do contrato, cumprimento imperfeito e quebra antecipada do contrato.

A importância dessa análise encontra-se na tênue linha diferenciadora de todas as modalidades, de modo que o estudo de cada uma delas destinou-se a esclarecer os pontos obscuros que dificultam a diferenciação quando nos deparamos com elas em casos práticos.

Por fim, analisando o tema dos danos morais contratuais estrito senso, verificamos que a doutrina pátria limita-se a posicionar-se de modo favorável ou contrariamente, sendo que o entendimento majoritário tende a aceitar a compensação do dano moral decorrente do descumprimento contratual. O fundamento da doutrina majoritária está na ausência de motivação legal para distinguir a culpa contratual da culpa aquiliana, bem como na inexistência de vedação expressa no texto da lei à compensação do dano moral contratual.

Diante desta lacuna legislativa, ganha grande importância o trabalho da doutrina e da jurisprudência, localizando-se nesta a grande agravante do tema. Como visto, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento genérico de que o dano moral contratual não engendra danos morais, porém, simultaneamente, em diversos julgados, concedeu a indenização decorrente dos danos extrapatrimoniais em casos de atraso aéreo, negativa desmotivada de planos de saúde e seguradoras.

Assim o fazendo, o Excelso Tribunal criou espécies de dano moral, afirmando que a inobservância de cláusulas contratuais não causaria ofensa anormal à personalidade. Diferencia-se, assim, a responsabilidade oriunda do pacto contratual da aquiliana, bem como se limita a reparabilidade do ato ilícito.

Ademais, construímos um quadro jurisprudencial instável e inseguro, pois, como demonstrado do decorrer deste trabalho, casos idênticos vêm recebendo tratamentos diferentes, todos baseados em julgados anteriores, seja para reconhecer ou não a reparação do dano moral.

Portanto, não se mostra adequado o entendimento de que danos morais decorrentes de descumprimento contratuais só sejam excepcionalmente compensados, pois tal posicionamento contraria a teoria eclética da responsabilidade civil, impondo limites às conquistas oriundas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 4 ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2001.
- BREBBIA, Roberto H. **El dano moral**. 2 ed. Córdoba: Orbi, 1967.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.
- CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2005.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Breve introdução à dogmática da responsabilidade civil extracontratual no Novo Código. *In: Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*, Curitiba - PR, v. 2, p. 33-43, 2003.
- _____. As quatro fundações do direito civil. *In: Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 45, p. 99-102, 2006.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos; o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 136, p. 169-ss, 1997.
- FERRANDIN, Mauro. Dano moral contratual. *In: Jurisprudência Catarinense*. v. 32, n. 110, p. 181-207, jan./mar. 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Luiz Roldão Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Parte especial do direito das obrigações. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KROETZ, Maria Cândida Pires Vieira do Amaral; RAMOS, C. L. S. ; CORTIANO JUNIOR, E. ; GEDIEL, J. A. P. ; FACHIN, L. E. ; NALIN, P. R. R. ; PINHEIRO, R. F. ; SELEME, S. ; CARBONERA, S. M. . Considerações acerca da fixação do montante da indenização por dano moral. *In*: Luiz Edson Fachin. (Org.). **Repensando fundamento do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, v. 1, p. 151-171.

LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do Novo Código Civil. *In*: **Revista de Direito Privado** (São Paulo), v. 19, p. 260-269, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo Código Civil brasileiro**. 4 ed., São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo código: considerações gerais. *In*: **Juris Plenum**, Caxias: Editora Plenum, nº. 84, set. 2005.

MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

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

_____. O princípio da dignidade humana. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formação da perspectiva civil-constitucional)**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações – introdução á responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

PADILLA, René A. **Responsabilidad civil por mora**. Buenos Aires: Astrea, 1976.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 1.

_____. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A Responsabilidade Civil por Danos por Danos Produzidos no Curso de Atividade Econômica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana: O Critério do Dano Ineficiente. *In*: Heloísa Helena Barbosa. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea**. 2002.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTANA, Heron José. **Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor**. Minas Gerais: Edições Ciência Jurídica, 1997.

SANTINI, Jose Raffaelli. **Dano moral**. 3 ed. Campinas : Millennium, 2002.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4 ed. São Paulo: RT, 2003.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no novo Código Civil. *In*: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. As Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. *In*: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 22, p. 45-69, 2005.

- SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.
- SILVA, Clóvis Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.
- STOCO, Rui. A responsabilidade civil *In*: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coordenadores). **O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo. LTr, 2003, pp. 780-837.
- _____. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *In*: **Arquivos de Direito**, ano 1, n. 1, p. 61-83, 1998.
- _____. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. *In*: **Revista do Ministério Público**, v. 4, p. 103-116, 1998.
- _____. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *In*: **Revista do Consumidor**, v. 5, p. 83-95, 1998.
- _____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Dano à Pessoa. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização. Direito e Ciência Política**. 2006.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.