

A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DANO MORAL

Andrey Jabour Venuto *

RESUMO

O Dano moral vem sofrendo modificações tanto em sua interpretação quanto em sua previsão legal. Face sua grande subjetividade que decorre do modo como se dá a aferição de sua existência e de seu grau de intensidade, a doutrina vem traçando alguns parâmetros mais científicos. Tal instituto passou por diversas fases no direito brasileiro, teve início com o CC/16 ao ser instituído de forma abstrata nos artigos 76 e 159 do referido código, passando por sua fixação na Constituição Federal de 1988 e sua previsão no atual CC. Acompanhado das interpretações doutrinárias esse dano vem tomando um aspecto conceitual que o define como qualquer dano não patrimonial. Diante de tantas possibilidades de se postular com tal pleito, da facilidade em se obter a assistência judiciária gratuita e da impunidade do litigante de má-fé, fica fácil formular um pedido que, em diversas vezes é descabido ou exorbitante. O dano moral transformou-se numa verdadeira indústria, com inúmeras formulações de pedidos sem propósito, o que sobrecarrega o já afogado sistema judiciário que se mostra ineficiente para acompanhar tamanha quantidade de ações.

*Bacharel em Direito – Faculdades Integradas Vianna Junior em Juiz de Fora /MG.
email: andreyjv@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: DANO MORAL, RESPONSABILIDADE CIVIL
RESSARCIMENTO MORAL, BANALIZAÇÃO DO DANO, INDÚSTRIA DO DANO.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende verificar como o instituto dano moral tornou-se um pedido genérico, não determinado, e muito comum em todo tipo de ação.

Parte-se da idéia, defendida por alguns doutrinadores, que dizem que o dano moral não se limita apenas à violação de direitos personalíssimos, mas consiste no efeito não patrimonial (extra patrimonial, ou imaterial segundo alguns) da lesão. Portanto, cria-se assim um imensurável campo de possibilidades nas quais cabe o pedido dentro de uma ação. As ações de danos materiais já são íntimas das de dano moral, pois o pedido de indenização material sempre vem cumulado com o de ressarcimento moral.

Acredita-se que a facilidade de postular e pleitear um dano moral é tão significativa que, quando cumulado com o deferimento da justiça gratuita, possibilita pleitear valores exorbitantes (o que conseqüentemente eleva o valor da causa), transformando-se numa verdadeira loteria, já que é realizada uma espécie de “aposta” no êxito da ação, se este não ocorre em nada muda ou interfere na situação patrimonial do autor, quando goza da assistência judiciária.

Serao estabelecidas as diferenças doutrinarias e legais tanto no campo conceitual quanto relativas à natureza e quantificação dos danos morais e patrimoniais, apresentando a evolução deste ao longo do tempo no direito brasileiro, a aceitação pelo ordenamento jurídico brasileiro como dano a ser ressarcido, a forma como ocorreu a ampliação no seu campo de possibilidades chegando-se ao panorama atual e finalmente discutida a questao da Indústria do Dano Moral.

Inicialmente, deve-se salientar que existem pressupostos para a existência do dever de indenizar/reparar. Um desses pressupostos é a prática do ato ilícito. Eis o teor dos artigos 186 e 187.

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.

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

Para Leoni Lopes de Oliveira (2005, p. 364): “desta forma, deve o ordenamento jurídico decidir, diante de um dano, se o lesado deve suportar o dano sofrido, como uma consequência de nossa organização social, ou, ao contrário, deve ser ressarcido, e, em tal caso, por quem”, e completa (2005, p. 366): “a primeira afirmativa que se deve fazer a respeito, no âmbito do dano moral, é que não existe ato ilícito sem dano. O dano constitui uma lesão a um direito do lesado, isto é, ofensa a um bem jurídico. Esse dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial (moral)”. Essa assertiva é considerada levando-se em conta os preceitos filosóficos, na qual o dano tem um conceito mais amplo. Pode-se exemplificar um caso de abuso de direito onde, a primeira vista, não há um dano, contudo, este é definido como um dano ao ordenamento jurídico, pelo fato de se tratar de ato contrário à ordem jurídica, ou seja, não é um dano concreto, mas uma lesão à norma, onde o bem jurídico protegido é a integridade do ordenamento. Um exemplo dentro da esfera do dano moral seria a inscrição irregular em cadastros restritivos de crédito, na qual não é determinante a efetiva existência do dano no plano moral, bastando simplesmente o dano à norma, ou seja, mesmo que a vítima não tenha seu patrimônio moral ofendido por tal inscrição ela deverá ser ressarcida.

Volume 1 - ~~Quinto~~ elemento para que se complete este círculo é a existência do nexos de causalidade, que, de acordo com Caio Mário (1998, p.75), citando Demogue e Rene Rodiere, ensina:

(...) é necessário que estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado. (...) é preciso que esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido.

Portanto os elementos necessários para que seja possível falar-se em reparação são: ato ilícito, dano e nexos de causalidade. Válido apresentar algumas das conceituações de dano moral, que serão dispostas de forma ordenada, das publicações menos recentes até as mais atuais.

Para Minozzi (1917, p. 41), um dos doutrinadores italianos que mais defendeu a ressarcibilidade do dano moral, “é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa.

Segundo Savatier (1950), citado por Caio Mario (1989, p. 105), dano moral “é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc.”.

Assim disse Pontes Miranda (1958, p. 30): “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que só é atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.

Wilson de Melo Silva (1983, p. 13), em síntese, diz que “dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

Para Humberto Theodoro (1999, p. 4): “pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana, ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua”.

Em suma, diz Busa Mackenzie (2000), que o dano moral seria tecnicamente um não-dano, onde a palavra “dano” seria empregada como metáfora; uma lesão na pessoa, mas não no patrimônio.

Segundo menciona Yussef Said Cahali (2000, p. 18), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1976, decidiu de forma clara que “o dano moral é indenizável, tanto quanto o dano patrimonial”.

Destarte, mesmo antes do advento da Constituição Federal (1988), já se entendia indenizável o dano moral. Obviamente que as decisões eram muito isoladas.

Para conceituar o dano moral, não se pode desligar de princípios importantes como o da razoabilidade e da proporcionalidade, já que o dano moral deve ser entendido como um meio termo, estando compreendido entre aquele conceito que o considera como qualquer dano não-patrimonial e aqueles conceitos mais restritivos.

No Brasil, principalmente antes da Constituição Federal de 1988, a não aceitação pela doutrina da reparação por danos morais era embasada em diversos argumentos, sendo o mais relevante o de que seria impossível a reparação com dinheiro de um bem moral atingido, pois existia incompatibilidade entre o dano e sua reparação, em razão da natureza do dano.

Assim dirimia a questão Caio Mario (1998, p. 56): “para aceitar a reparabilidade do dano moral seria preciso convencer-se de que são ressarcíveis bens jurídicos sem valor estimável financeiramente em si mesmo, pelo só fato de serem ofendidos pelo comportamento antijurídico do agente”.

Segundo Silvio Rodrigues (1993, p. 208): “muitas objeções levantadas contra a reparação do dano moral, a partir daquela que reputa imoral, se não escandalosa, discute-se em juízo os sentimentos mais íntimos, bem como a dor experimentada por uma pessoa e derivada de ato ilícito praticado por outra”.

Das objeções contra a doutrina dos danos morais Wilson Melo da Silva (1983, p. 337), citando Pires de Lima, as agrupa em oito:

1ª) Falta de um efeito penoso durável. 2ª) Inexistência de um verdadeiro direito violado. 3ª) Dificuldade de descobrir-se a existência do dano. 4ª) Indeterminação do número de pessoas lesadas. 5ª) A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro. 6ª) A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro. 7ª) O ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz. 8ª) A impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação.

Portanto, mesmo com sua previsão constitucional, inúmeros obstáculos estavam interpostos à afirmação do instituto como sólido perante o mundo jurídico nacional, contudo, era uma questão de tempo para que a aceitação do dano moral traçasse contornos ao instituto, que evoluiu (sina natural do direito), reforçado pela idéia das garantias fundamentais, também previstas pela constituição, dando forma ao que hoje, arrisco a denominar, de “dano moral excessivo”, pois em inúmeras vezes esse direito é pleiteado mas nem mesmo existe.

Com relação as diferenças entre dano moral e patrimonial, a mais destacável é a que se refere aos parâmetros para aferição. No que tange ao dano material, esta é bastante simples: basta levar em consideração dados numéricos concretos e tangíveis, relacionados ao “momento econômico”. Entende-se por momento econômico a determinada conjuntura relativa à situação econômica de certo local num determinado contexto social em um dado espaço de tempo, capaz de dar valor monetário aos produtos e serviços.

Questão de senso comum é que a dor não é passível de precisa mensuração econômica, graças ao seu grau de complexidade. Para a dor moral a questão da aferição não é nada simples, pois é praticamente uma opinião unilateral, embasada é claro, mas não precisa, o que pode levar a distinções e até mesmo distorções referentes ao quantum indenizatório. É uma questão na qual incide uma relativa “arbitrariedade” (aqui entendido como subjetividade). Ressalta-se que são considerados objetivos os critérios para sua mensuração, contudo, a forma como estes critérios são interpretados e aplicados é que são responsáveis pela subjetividade.

O magistrado não pode a seu livre arbítrio estipular um valor a um dano moral. Este deve ser constatado, assim como o dano material, contudo, através de uma análise totalmente diversa. O dano patrimonial é “visível a olho nu”, enquanto o moral, como já dito anteriormente, é repleto de subjetividade, característica intrínseca do direito como um todo.

Mesmo diante de um tabelamento o juiz não pode de forma direta aplicá-lo, de plano, sem antes realizar uma profunda averiguação dos diversos aspectos que giram em torno da reparação da dor moral.

Até mesmo o dano patrimonial apresenta certa subjetividade, algum valor que esta “por detrás” de determinado objeto, seja um valor histórico, sentimental, ou outro qualquer, estipulado unicamente pelo possuidor do referido patrimônio ou objeto. Este valor subjetivo é aquele que não reflete o real custo do objeto, que só terá aquele valor para quem o atribuiu, que na figura do direito, seria transformar determinado bem fungível em um bem infungível (art. 85 CC), em razão de seu valor de caráter subjetivo. O dano moral também apresenta um caráter que poderia ser denominado de “super subjetivo”. As pessoas são diferentes, apresentam comportamentos distintos e reagem de maneira diversa às situações. Portanto, mesmo que o sujeito não se sinta realmente moralmente ofendido, por exemplo, com uma inscrição irregular nos cadastros de devedores, ele terá direito à reparação. Assim como o valor patrimonial subjetivo, o valor moral “super subjetivo” não será levado em conta na aferição do dano, caso assim não fosse, pessoas mais tímidas ou mais frágeis deveriam receber ressarcimentos em valores superiores àqueles mais “preparados”, enquanto estes nunca poderiam ser legítimos a receber tal ressarcimento. Daí a idéia de homem médio, que seria a imagem de um ser idealizado, com fraquezas e forças; equilibrado, centrado, nem mal nem bem, e, principalmente, que se apresenta próximo da realidade pretendida pela sociedade.

Nesse sentido, os danos patrimoniais são de fácil percepção, na medida em que representam uma diminuição no patrimônio daquele que sofre uma lesão a um direito, e os danos morais, por sua vez, são de difícil percepção, pois não deixam resquícios de sua ocorrência na maioria das vezes.

Outro ponto, destacado por Thaís Venturi (2006), é quanto à reparação. A “indenização” conduz à idéia de restauração, de ressarcimento de algo que sofreu alguma mutação e que deve ser recomposto ao seu estado originário.

Diferentemente, “compensação” busca o reequilíbrio da relação, não através da reposição de algo ao seu estado anterior (neste caso impossível), mas sim através de alguma satisfação que possa contrabalançar o mal causado, muito embora este não possa ser apagado.

Partimos à análise do Código de 1916. Este tinha três pilares: família, propriedade e contrato, e de acordo com Luiz Edson Fachin (2003), ficavam no plano da condição patrimonial, e afastado da esfera existencial do ser humano. Segundo Miguel Reale (2003), o Código Civil de 1916 possuía um sério apego ao formalismo jurídico e era de caráter individualista, o que se mostrou superado com o advento do novo Código Civil.

Na acepção do legislador, todas as situações jurídicas seriam previstas no diploma legal, privilegiando assim a regra estabelecida na lei, característica esta inerente do adotado sistema fechado do código de 1916.

Eis o teor dos artigos 76 e 159 do Código Civil de 1916:

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

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regula-se pelo disposto neste Código, artigos 1518, 1532 e 1537 a 1553.

Contudo, eram consideradas como norma de natureza meramente processual, pois apenas caracterizava aquele que seria o legitimado a propor/contestar uma ação.

Desta forma, violação do patrimônio moral ou lesão à moral, poderia ser entendido como “interesse moral” que justificaria o ingresso com a devida ação.

Com referência ao artigo 159, não estava nele, disciplinado de forma expressa, a reparação do dano moral, sendo necessário o emprego de técnicas de interpretação normativa para se chegar à sua figura. Até mesmo porque o instituto dano moral nem mesmo existia de forma concreta.

Sendo assim, a reparabilidade por danos morais, depois da vigoração do Código Civil de 1916, não era reconhecida no próprio código, mesmo porque este não dava

margens a outras interpretações, senão a literal. Desta forma, a reparabilidade era aceita doutrinamente, mas o nosso direito não a tinha adotado.

A jurisprudência argumenta que esse tipo de indenização já estava previsto no Código Civil de 1916, em seu artigo 159, e a Constituição veio apenas para reforçar a previsão 159, contudo, com toda certeza, não foi a intenção do legislador, mesmo porque esta análise só é possível hoje diante da própria existência do dano moral. Vale ressaltar o entendimento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual “danos morais e patrimoniais são cumuláveis, mesmo que o fato que deu origem à indenização tenha ocorrido antes da Constituição Federal de 1988”. Assim foi o entendimento do Sr. Ministro Barros Monteiro (2001), na qual foi conhecido do recurso e dado provimento para condenar em dano morais:

(...) A promulgação da Carta Política de 1988 apenas veio reforçar, na ordem jurídica brasileira, a previsão já existente da reparação por dano moral. Encontrava-se a indenização contemplada na regra geral constante do art. 159 do Código Civil de 1916. (...). Quando do julgamento (...) relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, esta Quarta Turma decidiu com base na seguinte ementa: “Responsabilidade Civil. Dano moral. Fato anterior a 1988. A indenização pelo dano moral pode ser deferida por fato ocorrido antes da Constituição de 1988, pois já antes dela o nosso ordenamento legal admitia a responsabilidade civil do causador de dano extrapatrimonial. Recurso conhecido e provido.” (...). A prova da ocorrência do dano moral está na existência do fato (*in re ipsa*, que significa dolo presumido) (...).[†]

A Constituição Federal de 1988 abriu as portas para a reparação civil mais ampla decorrente de dano moral, incorporando tal possibilidade, de forma explícita, no Código Civil de 2002, garantindo assim uma reparabilidade quase absoluta. Desta forma, com a promulgação desta, não mais restou dúvida acerca da reparabilidade do dano moral. Portanto, com o advento na nova carta constitucional, pôs-se um fim à polêmica travada concernente a existência do dano moral como dano passível de ser ressarcido. A partir da matriz constitucional estabelecida, a reparabilidade do dano moral tornou-se legítima

[†] Recurso especial nº 320.462 - SP, Relator Ministro Barros Monteiro.

e passou a existir de forma explícita na lei, não demandando maiores interpretações acerca da sua possibilidade.

Para Miguel Reale (2003), o novo código civil adotou os seguintes princípios: da eticidade, procurando superar o apego do código de 1916 ao formalismo jurídico, fruto da influência recebida dos germânicos; da socialidade, no sentido de superar o manifesto caráter individualista que observava um país eminentemente agrícola; da operabilidade, como forma de se estabelecer soluções normativas de modo a facilitar a interpretação e aplicação pelo operador do direito, principalmente com a inclusão das cláusulas gerais.

O que pode ser destacado, é o grande mérito da CF de 1988 ao prever de forma expressa a possibilidade de reparação por danos morais, dando margem à novas possibilidades no ordenamento jurídico, contando ainda com a ajuda das cláusulas gerais do Novo Código Civil, que garantiram uma forma de moldar a norma de acordo com a necessidade da tutela jurisdicional.

O dano material/patrimonial sempre é e sempre será o mesmo, não há como interpretá-lo de forma diversa, ele simplesmente existe e é plenamente visível e perceptível. Já o dano moral, só é possível percebê-lo em determinado contexto quando se tem a interpretação e se considera a existência do mesmo. O que não figurava como hipótese de dano moral há tempos atrás, hoje, diante das mudanças sociais, e com vistas à proteção de direitos e garantias constitucionais, é considerado como tal. Portanto, dano material independe da época e de interpretação, diferentemente do que ocorre com o dano moral.

A respeito das cláusulas gerais, estas compreendem numa técnica legislativa que evidencia o sistema aberto adotado pelo Código Civil, sendo ele composto por um sistema de regras móveis que não se deixam estagnar com o passar do tempo, tendo em vista a possibilidade de sua adaptação no momento da aplicação, através da interpretação. É nesse ponto que se encontra a verdadeira relação entre dano moral e cláusula geral. Ambos não só necessitam, mas também dependem da interpretação do magistrado para sua aplicação. É verdade que todo o direito é objeto a ser interpretado,

mas no caso do dano moral essa interpretação apresenta uma diversidade além do comum.

Portanto, nota-se que a função primordial das cláusulas gerais é a de permitir, num sistema jurídico positivado, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz, o que assegura que o ordenamento acompanhe a evolução da sociedade, não sendo necessária sua constante atualização, pois este estará, diante da interpretação do juiz, suficiente para suprir a necessidade da sociedade.

No direito brasileiro não há limitação ao reconhecimento do dano moral, em razão de a matéria estar prevista através de cláusulas gerais que permitem a construção de novas formas de danos à pessoa, tornando o sistema de reparação civil mais efetivo.

Face essa ilimitação, o papel do juiz é de suma importância. É ele o legitimado a fixar a quantia referente àquele dano moral.

Wilson Melo da Silva (1955, p. 423), ainda ensina que “para a fixação, em dinheiro, do quantum da indenização, o julgador haveria de atentar para o tipo médio do homem sensível da classe”.

Os critérios da razoabilidade e proporcionalidade são recomendáveis, para sem exageros, atingir-se indenização adequada.

No Brasil, é aplicado o sistema de aferição da indenização denominado de sistema aberto, no qual são atribuídos poderes ao magistrado para estabelecer o valor da indenização, numa avaliação subjetiva e proporcional à possível satisfação da lesão experimentada pelo ofendido.

Euler Paulo Jansen (2004) sugere ainda, os elementos para análise, que são: a) Intensidade do dano; b) Repercussão da ofensa; c) Grau de culpa do ofensor; d) Posição sócio-econômica do ofendido; e) Retratação ou tentativa do ofensor de minimizar o dano; f) Situação econômica do ofensor; g) Aplicação de pena ou desestímulo. Salientando que estes são facilitadores na função dos magistrados concernente à dosimetria e podem gerar na sociedade uma maior segurança jurídica.

Tratando dos critérios valorativos do dano moral, Maria Celina Bodim de Moraes (2003, pag. 290), lembrou:

o STJ, de modo especial nos votos do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tem sustentado sistematicamente que, na fixação do quantum reparatório, devem ser considerados os seguintes critérios objetivos: a moderação, a proporcionalidade, o grau de culpa, o nível socioeconômico da vítima e o porte econômico do agente ofensor. No espaço de maior subjetividade, estabelece, ainda, que o juiz deve calcar-se na lógica do razoável, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Desta forma, o ressarcimento concernente ao dano moral apresenta duplo caráter, visando ao mesmo tempo a punição do autor da conduta ilícita, bem como a compensação da vítima em contrapartida pelo mal sofrido. Válido destacar como exemplo, o instituto denominado de “danos punitivo” ou “dano exemplar” adotado pelos EUA. São indenizações em valores elevadíssimos, onde sua imposição é discricionária (mas deve respeitar alguns critérios objetivos; a mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de *punitives damages*), não havendo qualquer intenção de compensar a vítima pelo mal sofrido, mas apenas punir ou servir de exemplo ao agente pelo ato ilícito. O ressarcimento/compensação fica a cargo dos chamados “danos compensatórios”, que nos EUA são divididos em “danos econômicos” e os “danos não econômicos”, e no Brasil, têm como correspondentes, os danos materiais e os danos morais, respectivamente. Assim discorre Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, pag. 23):

Diante da impossibilidade originária em ressarcir o dano que não deixasse lastros patrimoniais, lançou-se mão da teoria punitiva a fim de não deixar o lesado, nesses casos, sem qualquer amparo por parte do ordenamento jurídico. No entanto, na tradição anglo saxã, uma vez consagrada a reparabilidade do dano moral, a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo, assim, sua primitiva vinculação com o instituto dos *punitives damages*. Estes, por sua vez, passaram a ser concedidos somente nos casos excepcionais em que o estado subjetivo do causador do dano, aliado à alta censurabilidade de sua conduta, justificasse a fixação do quantum

indenizatório em patamar superior ao necessário para a mera compensação, tendo em vista as finalidades punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

E ainda (pag. 22), a respeito dos danos punitivos no direito brasileiro:

(...) o Código de Defesa do Consumidor (...) embora tenha sido vetado do Projeto o artigo que acolhia uma versão brasileira dos punitives damages sob o argumento de que o art. 12 e outras normas do próprio Código já dispunham, de modo cabal, sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. (...) toda a discussão sobre o caráter exemplar da responsabilidade civil acaba por cingir-se à problemática da reparação do dano moral, (...) o tema está ainda vinculado, paradoxalmente, ao fundo das antigas discussões sobre a viabilidade de se conceder indenização diante da inexistência de prejuízo de ordem patrimonial.

Impende distinguir: uma coisa é arbitrar uma indenização pelo dano moral que, fundamentada em critérios de ponderação axiológica, tenha intuito compensatório à vítima, podendo até mesmo ser uma indenização elevada (desde que proporcional); outra coisa é abraçar a doutrina dos *punitives damages* que, passando longe da noção de compensação, significa efetivamente a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável do ofensor, como é próprio do direito punitivo.

A condenação deve representar para o ofensor um impacto semelhante, quando não igual, ao que se deu na vida do ofendido. Deve o ofensor pôr-se imediatamente a adotar procedimentos com vistas a procurar não reincidir na conduta que gerou a condenação, do contrário a mesma não apresenta eficácia pedagógica. Esta função pedagógica apresenta pontos controvertidos e gera uma discussão, no que concerne à sua aceitação pela doutrina e pela jurisprudência. Coexistem ainda hoje três correntes sobre a função da indenização do dano moral, quais sejam a compensação/satisfação do ofendido, defendida por Humberto Theodoro Junior (1996); a punição do ofensor preceituada por Galeno Lacerda (1996) e por fim tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor (teoria mista) tendo dentre seus partidários João Casillo (1994), Caio Mário da Silva (1998) e Sergio Cavalieri Filho (1999).

Assim, a responsabilidade civil, por intermédio de sua função compensatória, busca viabilizar à vítima que sofreu um dano em sua subjetividade alguma forma de satisfação idônea a compensar o mal sofrido.

Ainda no século XX, o texto constitucional de 1939, em seu art. 72, fez menção a proteção da assistência judiciária, exigindo “rendimento ou vencimento que percebe e os encargos pessoais ou de família”, acompanhado de atestado de pobreza, expedido pelo serviço de assistência social (art. 74). Foi, entretanto, o art. 2º, § 1º, da Lei 5.478/68 que criou a “simples afirmativa”.

Portanto, hoje, uma pessoa que se vê incapaz de arcar com os custos que uma lide judicial impõe, mas necessita da imediata prestação jurisdicional, pode, através de simples afirmativa, postular pedindo a assistência judiciária,. O problema reside no termo “uma pessoa que se vê”, pois o, o juízo acerca da capacidade e possibilidade financeira de ingressar com a ação recai unicamente sobre aquele que está por ajuizar a ação. Desta maneira, a parte, ao se deparar com a necessidade de realizar uma escolha entre pagar ou não pagar, instintivamente acaba optando pela segunda, o que permite que aqueles que não necessitam desse instituto o pleiteiem em juízo. Trata-se de presunção legal, que somente pode ser afastada se efetivamente demonstrado fato contrário à situação de pobreza afirmada pela parte.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (2008) a gratuidade é concedida em cerca de 80% das ações dessa natureza no país, estatística esta que não reflete com fidelidade o número de pessoas que realmente precisam de tal garantia legal.

Diante de tais assertivas, tem-se que, perante a não necessidade de pagar a referida taxa judiciária, o pleito relativo ao ressarcimento moral transforma-se numa aposta, vez que o autor pode formular pedido num valor astronômicos, não que aquele valor será julgado procedente; a título exemplificativo pode-se citar: caso sejam pleiteados 3.000 reais a título de ressarcimento, nenhum valor além do requerido será obtido, caso contrário teríamos uma sentença *ultra petita*. Por outro lado, num pedido de 50.000 reais, abre-se uma maior margem (possibilidade, chance) ao julgador para a

análise do quantum final a ser indenizado. Portanto, ocorre uma aposta onde não existe uma correspectividade monetária por parte do autor, pois este ingressa de forma gratuita sob o argumento da impossibilidade financeira e pode ter, no deslinde na ação, seu pleito aceito pelo judiciário.

Sabe-se que hoje em dia ocorre um excesso de demandas que movem a máquina do judiciário de maneira desnecessária. Arruda Alvim (2008) avalia que o principal problema teria origem na sociedade brasileira, seria uma questão sociológica, de descontentamento do tecido social. Diante de tais considerações, jamais se pensou em restringir os direitos do cidadão como forma de inibir ou coibir o ajuizamento de ações, vez que o acesso à justiça é um direito consagrado pela carta constitucional.

Na realidade, os mais triviais aborrecimentos do dia a dia estão sendo hoje equiparados a um sofrimento qualificado como insuportável resultado de forte dor moral. Chega-se poder afirmar que qualquer contrariedade, mesmo que corriqueira, é para alguns, taxada de dano moral infinito, visando unicamente o recebimento da indenização.

Segundo Euler Paulo Jansen (2004):

Para que se possa cogitar em indenização por dano moral, é necessário que o ofendido demonstre de forma cabal que o ato tido como causador do dano tenha ultrapassado a esfera daquilo que deixa de ser razoável, aquilo que o homem médio aceita como fato comum à sociedade.

O dano moral deve ser efetivo e claro (não se contrapondo ao que anteriormente fora explicitado, os adjetivos agora concernem à efetividade e clareza do ato ilícito ensejador, e não propriamente do dano em si), não podendo ser considerado como tal uma pequena contrariedade à qual estamos todos sujeitos no dia-a-dia das grandes cidades.

Como assevera Taíse Galvani (2009):

Infelizmente o Poder Judiciário têm utilizado de forma instigada a aplicação do dano moral para todo e qualquer fato, o que inexoravelmente vem causando verdadeira banalização desse instituto.

Esta utilização errônea do instituto acaba encorajando a ingressar com tal pedido. Como destaca a Juíza Rosangela Carvalho (2005): “Deve ser desencorajada a proliferação da indústria de dano moral que atualmente ocorre, havendo exacerbado número de demandas da espécie em nossos tribunais e, na maioria das vezes, desacompanhadas de justa causa”.

Com maior rigidez no controle de pedidos de assistência judiciária o requerente irá realizar um juízo de valor acerca da possibilidade de ingressar com determinada ação, que só terá início caso este tenha uma relativa razão e ponderação quanto à efetiva existência do dano. Todavia, ocorre também um excesso de pleitos muito em razão da imoralidade da sociedade, na desproporcional cobiça pelo dinheiro e no interesse e empenho à ocorrência de fatos que ensejem danos morais. Como bem discorre Gustavo Cauduro Hermes (2003):

A primeira causa é a falta de integridade moral de grande parte destes litigantes. (...) Poder-se-ia atribuir (...) o acionamento do judiciário em busca de indenizações por supostos danos morais à pobreza generalizada em nosso país, (...) não fosse a grande gama de litigantes ricos que pleiteiam verdadeiras fábulas dignas dos prêmios das melhores loterias.

Destacam-se dois aspectos relevantes: para a camada menos favorecida financeiramente (e para as demais também): a facilidade de postular sem dispêndio financeiro; para os mais favorecidos: a impunidade concernente às ações infundadas, que poderiam ser caracterizadas em litigância de má-fé.

Critica-se aqui não aquele que verdadeiramente acredita que teve seu âmago ferido, mas aquele que sabidamente conhecia da não existência do ato ilícito ou do dano moral, mas mesmo assim ingressa no judiciário para obter alguma vantagem financeira em virtude de mero aborrecimento ou às custas de algum afortunado.

Isso ocorre em razão da nova configuração do dano moral no ordenamento jurídico. Com base nisso, o autor da ação sabe que há possibilidade de condenação em

danos morais mesmo sem ocorrer o dano propriamente dito, pois em alguns casos basta a existência do ato ilícito ensejador. Dessa forma, tem-se somente o fato gerador do dano e não o efetivo dano, não precisando a vítima sentir-se lesada em seu aspecto íntimo e subjetivo para que ocorra a reparação pela moral ofendida. Configura-se numa maneira de proteger de forma ampla a moral do indivíduo, mas muitas vezes essa se dá em detrimento da real configuração da responsabilidade civil.

Conclui-se que o dano moral pode ser dividido em: dano moral efetivo e situações ensejadoras de reparação moral (onde também ocorre a lesão, mas o sentimento desta lesão se dá de forma diversa, no primeiro é efetiva e no segundo é a situação que pode causar, mas sempre deve ser reparado).

As situações ensejadoras já se encontram pacificadas, contudo, perante o vasto campo de possibilidade as pessoas alegam dor moral em situações inimagináveis. Assevera o Desembargador aposentado Ramon G. von Berg:

Conforme se verifica, embora possa ser notada a tendência dos magistrados em buscar conter a onda vislumbrada como indústria do dano moral, com reflexos até no STJ, o fato é que a dimensão, o elástico, o alcance hoje do dano moral vem-se abrindo para hipóteses nunca dantes alvitadas.

É nesse ponto que a indústria dos danos morais tem maior força. Como não são estabelecidos os casos em que ocorre o dano (impossível ante a complexidade da atual sociedade) há casos em que a pessoa arma situações para “criar” um dano moral ou simplesmente aciona a justiça por vingança contra alguém. integram esse pérfido instituto os que maliciosamente, em legítimo abuso de direito, se colocam em situação de risco e de criação ou majoração daquele dano moral.

A forma de se coibir a indústria do dano moral seria através do desencorajamento dos pedidos incabíveis de reparação, através da condenação dos litigantes em litigância de má-fé bem como reduzindo as indenizações. Não se pode deixar, contudo, que dessas litigâncias de má-fé seja criado um receio quanto à tutela da proteção à pessoa humana; por outro lado a banalização decorre justamente dessa facilidade de se pleitear. Deve-se conciliar portanto a possibilidade de condenação em

litigância de má-fé em casos absurdos com a transformação da caracterização do dano moral em algo mais definido, concreto e certo, com critérios mais científicos e melhor conceituado.

Poder-se-ia ainda, questionar acerca da possibilidade de estabelecer, através de lei, limites para fixação dos danos morais, mas como se sabe, estes são caracterizados como inquantificáveis, o que conseqüentemente acarretaria na inconstitucionalidade dos dispositivos limitadores, assim como ocorreu com o advento da nova constituição que não recepcionou tais dispositivos.

Neste aspecto, os Tribunais vêm decidindo que a reparação deve ser feita com critérios, devendo ser evitado o enriquecimento injustificado do autor ou a “falência” do réu. Desta forma, os juízes devem ser rígidos na fixação da verba reparatória, no intuito de preservar o instituto, coibindo ainda, indenizações absurdas e que sejam desproporcionais às ofensas supostamente geradas. Não se pode deixar que a grandeza e importância do instituto jurídico do dano moral, que tem respaldo constitucional, acabe em indevido descrédito por parte de todos.

Isto ocorre em razão da inconstituinte política da conciliação generalizada que algumas pessoas físicas e jurídicas têm adotado.

Observa-se portanto, que a indústria do dano moral apresenta inúmeras facetas concernentes à sua causa, o que demanda para solução dessa situação, ações em diversos âmbitos.

CONCLUSAO

Conclui-se que o dano moral tornou-se uma verdadeira indústria, em que é apostado no êxito da ação como forma de obter um enriquecimento fácil, sem dispêndio algum, mesmo porque o Estado, de qualquer forma, apreciará o pedido, ou seja, pouco a perder e muito a ganhar.

A partir desta previsão constitucional, ampliou-se também o horizonte dos motivos que geram o dano moral, muito em razão da possibilidade de também ser considerado uma garantia dos direitos individuais e se encaixar praticamente em todas as áreas do direito.

Alguns consideram a elevação do número de ações algo normal (o que não deixa de ser em razão da nova caracterização de dor moral), explicando ainda que isso não significa a banalização e sim o despertar da cidadania, a conscientização da população sobre os seus direitos. Atualmente pode-se afirmar, categoricamente, que ocorre sim a banalização do instituto do dano moral, onde toda e qualquer simples discussão ou dissabor, fatos que são apenas um contratempo e não fogem a normalidade, que quando muito se caracterizam como mero constrangimento, geram ações de indenizações por danos morais sem fundamento, e algumas dessas ações são julgadas procedentes sem a aferição dos requisitos essenciais da responsabilidade civil e do próprio dano moral. Por fim, transcrevo as palavras do Juiz Amauri Lemos, citadas por Alessandro Fonseca (2008):

qualquer briga, qualquer descumprimento de um contrato, está gerando processos de indenização por dano moral. o instituto do dano moral vem sofrendo um grande desvirtuamento, ou seja, alguns profissionais do direito estão exagerando a sua configuração, ingressando com ações, em números cada vez maiores, com pedidos de ressarcimento por danos morais em cifras absurdas.

Assim, não é qualquer dissabor ou constrangimento que deve ser alçado ao patamar de dano moral; a conceituação final que se dá seria: dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, foge à normalidade e é capaz de interferir de forma intensa na esfera psicológica da pessoa, causando-lhe sofrimento, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar e a sua integridade psíquica, existindo efetivamente um dano a ser reparado.

THE BANALIZATION OF MORAL DAMAGE**ABSTRACT**

The moral damage has been submitted on changes in its legislation and in its interpretation. As it's a high subjectivity damage, the doctrine has been making some parameters for the quantum and its existence. The moral damage went through various stages in the Brazilian law, started with the CC/16, through its prevision on the Constitution of 1988 and its signed in the current CC. With the doctrinal interpretations this damage can be defined as any damage which is not material. As it have many opportunities to ask for a judicial compensation plus the easy way to get legal aid and the impunity of the litigant with malice, it is easy to make an request, that many times is an "out request" or an exorbitant request. Moral damage has become a real industry, with many formulations it can disturbs the overcrowded judiciary wich is inefficient to monitor such number of lawsuit on the justice as a whole.

KEY WORDS: moral damage, civil liability, moral compensation, Industry of Damage, Assessment of Damage.

REFERENCIAS

A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em 29/03/2009.

AGUIAR, Ruy Rosado. E-book. **Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos.** Revista dos Tribunais, ano 89, v. 775 - maio/2000.

ALVIM, Arruda. E-book. A função social dos contratos no novo Código Civil. Revista dos Tribunais, ano 92, v. 815 - setembro/2003.

AMARAL, Luiz Otavio. Dano moral e contemporaneidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3793>>. Acesso em: 08/11/2008.

AOKI, Leonardo Hayao. O Dano Moral sofrido pela Pessoa Jurídica à luz da Constituição Federal de 1988. Newsletter nº 002, jul. 2002. Disponível em: <http://www.swisscam.com.br/files_legais/Miguel2.htm>. Acesso em 23/03/2009..

ASSIS, Calline Oliveira de. A Exacerbação dos Pedidos de Dano Moral. Webartigos. Bahia, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/6823/1/a-exacerbacao-dos-pedidos-de-dano-moral/pagina1.htm>>. Acesso em: 08/04/2009.

BERG, Ramon G. Von. Dano moral. Disponível em: <http://www.blindagemfiscal.com.br/danos/dano_moral02.htm>. Acesso em: 05 mai. 2009

BEVILÁQUA, Clóvis. e-book. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Ed. Histórica, 4ª tiragem, vol. I. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. Código Civil (2002). **Vade Mecum: Código Civil.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código Civil 1916. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 20/03/ 2009.

BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPPELLETI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993.

CARVALHO, Paulo César de. Cláusulas gerais no novo Código Civil: boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 983, 11 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077>>. Acesso em: 08/11/ 2008.

CASILLO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**. 2.ed. ver. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513&p=3>>. Acesso em: 01/12/ 2008

COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro):. R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 15:32, jan./mar. 2005. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf> >. Acesso em: 23/02/ 2010

DELGADO, Jose Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados (1a. Parte). Portal da Classe Contábil,

fev. 2005. Disponível em: <http://www.classecontabil.com.br/print_art.php?id=118>. Acesso em: 23/03/2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Ivy. Gilmar Mendes critica lentidão da Justiça ao abrir terceira Semana de Conciliação. Direito do Estado, 02 dez. 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/noticias/noticias_detail.asp?cod=7390>. Acesso em 20/04/2009.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, Alessandro. Requisitos para caracterização do dano moral. Artigonal, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/requisitos-para-caracterizacao-do-dano-moral-342629.html>>. Acesso em: 26/04/2009.

FONTES JR, João Bosco Araujo. Direito à Imagem. São Paulo, ago. 2006. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direito+%C3%A0+imagem>> Acesso em: 15/03/2009.

FORTES, Christienne K. Dano estético: Médico responde por deixar paciente menos belo. Revista Consultor Jurídico, 04 dez. 2001. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2001-dez-04/medico_responde_deixar_paciente_belo>. Acesso em: 01/05/2009.

GALVANI, Taise Garcia. Excesso de pedido de dano oral banaliza o direito. **Revista Consultor Jurídico**, 15 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-15/industria-indenizacao-banaliza-direito-dano-moral>>. Acesso em 29/03/2009.

GOMES, Orlando. E-book. **Introdução ao direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

HERMES, Gustavo Cauduro. Combatendo a indústria do dano moral. Augure, RS: 14 mai. 2003. Disponível em: < http://www.augure.com.br/content/artigos_detalhe.php?artigo_id=4>. Acesso em: 05/04/2009

JANSEN, Euler Paulo de Moura. A fixação do quantum indenizatório do dano moral. Jus Vigilantibus, 13 fev. 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1841>> Acesso em: 23/03/2009.

JUÍZA NEGA INDENIZAÇÃO A CONSUMIDORA E CRITICA INDÚSTRIA DO DANO MORAL. Central Jurídica, 30 ago. 2005. Disponível em <http://www.centraljuridica.com/materia/1611/dano_moral/juiza_nega_indenizacao_consumidora_critica_industria_do_dano.html>. Acesso em 30/04/2009

LEIRIA, Cláudio da Silva. Indústria do dano moral. Clubjus, Brasília-DF: 16 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11730>>. Acesso em: 05/05/2009.

MACEDO, Humberto Gomes. As Clausulas Gerais do Código Civil: e seu papel na nova hermenêutica civil-constitucional. 2006. 99 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - FUMEC, Belo Horizonte, 2006.

MACKENZIE MICHELLAZZO, Busa. **Do Dano Moral**: teoria, legislação, jurisprudência e pratica. 4.ed. São Paulo: Lawbook, 2000.

MANENTE, Luiz Virgílio P. Penteado. Os danos punitivos do Direito Norte-Americano e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Jus Vigilantibus, 30 dez. 2002. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/83>> Acesso em: 03/05/2009.

MINOZZI, Alfredo. E-book. **Studio sul Danno non Patrimoniale**: danno morale. 3.ed. Milão: Società Editrice Libreria. 1917.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil - Constitucional dos Danos Morais**. São Paulo: Renovar, 2003

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil anotado**: parte geral - artigos 1º a 232 - vol. I. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil Vol. I e II**. 19.ed. revista. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PINASSI, Ayrton. **Prática forense civil IV**: dano moral teoria e prática. Campinas: Julex, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. E-book. **Tratado de direito privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Alex Sandro. Não se cumulam danos estéticos com danos morais e/ou materiais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 207, 29 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4777>>. Acesso em: 01/05/2009.

RODRIGUES, Francisco Cesar Pinheiro. A fixação do quantum indenizatório do dano moral. Jus Vigilantibus, 13 fev. 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27513>> Acesso em: 23/03/2009.

RODRIGUES, Sílvio. Responsabilidade Civil, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

SILVA, Alexandre Rezende da. Dano moral e irresponsabilidade empresarial. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3377>>. Acesso em: 05 mai. 2009.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua Reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e a sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5.ed. ver. Atual. e amp.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JR., Humberto. **Dano moral**. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função Punitivo-Pedagógica no direito. 2006. 226 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.