

Nehemias Melo: Por uma nova teoria para o dano moral

1) Conceito do dano moral individual

No conceito de dano moral, encontramos definições para todos os gostos. Nesse particular aspecto a doutrina é pródiga, porém, em que pesem pequenas nuances, há uma concordância quanto a classificar a lesão que possa autorizar a indenização por danos morais como aquela que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor (incluindo-se aí a incolumidade física), sofrimento, angústia, vexame ou humilhação e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada, razão por que o caráter da indenização é o de compensar a vítima pelas aflições sofridas e de lhe subtrair o desejo



Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais

é do que a violação do direito à dignidade, é o que afirma de forma peremptória o magistrado e professor Sérgio Cavalieri Filho. Ao depois, definindo melhor o alcance do preceituado, esclarece que *"hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos — os complexos de ordem ética — razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português"*. Para ao depois concluir que *"em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização"* [\[1\]](#).

2) Da caracterização do dano moral

É preciso destacar que não é qualquer dissabor ou qualquer contrariedade que caracterizará o dano moral. Na vida moderna há o pressuposto da necessidade de coexistência do ser humano com os dissabores que fazem parte do dia a dia. Dessa forma, alguns contratempores e transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade.

Nesse sentido, como alerta o mestre Antônio Chaves, há de se ter prudência, de tal sorte que não se venha reconhecer a existência de dano moral em *"todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor-próprio pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar das asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitando sejam extraídas da caixa de Pandora do direito centenas de milhares de cruzeiros"* [\[2\]](#).

Muitos doutrinadores consideram árdua a tarefa de separar o joio do trigo, isto é, delimitar frente ao caso concreto o que vêm a ser dissabores normais da vida em sociedade ou danos morais. Essa questão é das mais tormentosas, exatamente por não existirem critérios objetivos definidos em lei, de tal sorte que o julgador acaba por buscar supedâneo na doutrina e na jurisprudência para aferir a configuração ou não do dano moral. De toda sorte, o que precisa haver na avaliação do dano moral é prudência e bom senso de tal sorte que se possa, considerando o homem médio da sociedade, ver configurado ou não a lesão a um daqueles bens inerentes à dignidade humana de que a Constituição nos fala.

Nesse aspecto, cumpre ao juiz um papel de relevo, seja porque é ele quem, a partir das chamadas máximas de experiências, irá analisar o caso concreto e adequá-lo à proteção legal, seja porque dependerá de seu livre arbítrio, segundo a melhor doutrina, a fixação do *quantum* indenizatório. Contudo, essa discricionariedade do juiz deverá ser pautada pelo bom senso, seguido de alguns critérios, porquanto haverá de, frente ao ilícito perpetrado, sopesar o grau de culpa do ofensor, as condições sociais e econômicas das partes envolvidas, a repercussão do fato lesivo no seio social, de tal sorte que a indenização não seja tão grande que leve o ofensor à ruína, nem seja tão pequena que avilte a vítima.

3) Dos fundamentos da reparação

Como ensina o mestre Caio Mário da Silva Pereira, "*o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos*" [3].

É também preciso recordar que a dignidade da pessoa humana foi elevada a um dos fundamentos básicos do Estado brasileiro. Veja-se que na Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte fez insculpir, já no artigo primeiro, entre os fundamentos sobre os quais se assenta o Estado democrático de Direito, a dignidade humana (artigo 1º, III), com reflexos inevitáveis na conceituação do dano moral, na exata medida em que os valores que compõem à dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, hão de ser reparados pela via da indenização por danos morais (CF, artigo 5º, V e X).

De maneira objetiva e com a clareza que lhe é peculiar, Antonio Jeová Santos preleciona que "*seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido*" [4]. Em outras palavras, o princípio que fundamenta o dever de indenizar se encontra centrado no fato de que a todo o dano injusto deve corresponder um dever de reparação.

4) Por uma teoria renovada para quantificação da indenização por dano moral

Em face de tudo quanto argumentado é que defendemos uma nova teoria para a apuração do *quantum* indenizatório nas ações de reparação por danos morais, com caráter predominantemente punitivo.

Por essa nova teoria, a definição da verba indenizatória, a título de danos morais, deveria ser fixada tendo em vista três parâmetros: o caráter compensatório para a vítima; o caráter punitivo e dissuasório para o causador do dano; e, o caráter exemplar e pedagógico para a sociedade.

Em face desse trinômio, e tendo em vista o caráter da efetividade da condenação por danos morais, defendemos que, na fixação do *quantum*, o juiz, além de ponderar os aspectos contidos no binômio punitivo-compensatório, poderia adicionar outro componente, qual seja, um *plus* que servisse como advertência de que a sociedade não aceita aquele comportamento lesivo e o reprime, de tal sorte a melhor mensurar os valores a serem impostos como condenação aos infratores por danos morais.

O inovador na propositura acima esposada é que, partindo da premissa de que quanto maior for a pena, menor será o índice de reincidência, associado ao fato de que se a sociedade tomar ciência de que determinadas condutas são reprimidas com vigor pelo Poder Judiciário, acredita-se que os direitos humanos e a dignidade das pessoas sofreriam menos agressões, na exata medida em que o peso da condenação seria sentida no bolso do infrator como fator de desestímulo.

De outro lado, ao adotar-se que a destinação desse *plus* condenatório deve ser destinado a entidades de benemerência ou ao fundo estadual de interesses difusos, estar-se-ia atingido dois objetivos relevantes: recompensando-se o corpo social, já que último destinatário dos comandos jurisdicionais, e, de outro lado, evitando o chamado "enriquecimento sem causa" da vítima, argumento atualmente muito utilizado como fator limitativo do montante indenizatório.

Dessa forma, o juiz, ao fixar o *quantum* indenizatório, deveria levar em consideração, frente ao caso concreto, os seguintes aspectos:

- A angústia e o sofrimento da vítima: de tal sorte a lhe propiciar uma indenização possível de lhe compensar os sofrimentos advindos da injusta agressão.
- A potencialidade do ofensor: para que não lhe impinja uma condenação tão elevada que signifique sua ruína, gerando por via de consequência a impossibilidade de cumprimento da medida, e nem tão pequena que avilte a dor da vítima.
- E, finalmente, a necessidade de demonstrar à sociedade que aquele comportamento lesivo é condenável e que o Estado juiz não admite e nem permite que sejam reiterados tais ilícitos sem que o ofensor sofra a devida reprimenda.

Diferentemente do Direito americano, em que vige o *exemplary damages*, pelo qual a vítima é quem se beneficia do *plus* condenatório outorgado a título de condenação penal, propomos que esses valores sejam destinados a entidades de benemerência, voltadas para obras de assistência social ou de pesquisa científica, de sorte que esses valores retornem para sociedade, ainda que de forma indireta.

O peso da indenização no "bolso" do infrator é, a nosso sentir, a resposta mais adequada que o ordenamento jurídico pátrio pode oferecer para garantir não sejam ofendidos diuturnamente os bens atinentes aos direitos da personalidade.

Em resumo:

— A condenação por danos morais deve ter o caráter de atender aos reclamos e anseios de justiça, não só do cidadão, mas da sociedade como um todo.

— Na questão de danos morais, a sentença deve atender ao binômio efetividade e segurança, de tal sorte que as decisões do Judiciário possam proporcionar o maior grau possível de reparação do dano sofrido pela parte, independentemente do ramo jurídico em que se enquadre o direito postulado.

— Conquanto o brio, o amor-próprio e a honradez não tenham preço para o homem de bem, a condenação do ofensor em valores significativos poderá representar para o ofendido o sentimento de justiça realizada.

— Ademais, a indenização por dano moral deverá ter como objetivo, além do caráter pedagógico, a finalidade de combater a impunidade, já que servirá para demonstrar ao infrator e a sociedade que aquele que desrespeitou às regras básicas da convivência humana poderá sofrer uma punição exemplar.

— Dessa forma, a teoria que melhor se coaduna com os anseios da sociedade moderna, no tocante à reparação por danos morais, é aquela que tem um caráter tríplice, qual seja: punitivo, compensatório e exemplar.

— A aceitação da tese de criação de uma pena pecuniária adicional, que pode ser chamada de multa civil, com o fito de servir como desestímulo à prática de novos ilícitos, cuja verba deva ser revertida para entidades de benemerência ou ao fundo de interesses difusos, é a melhor solução para evitar que a vítima venha a ser beneficiária do chamado "enriquecimento sem causa".

— Aos grandes conglomerados econômicos cabe exigir atitudes de vigilância quanto à qualidade dos serviços prestados ou de produtos ofertados, especialmente no tocante à prevenção dos erros operacionais, cometidos amiúde por seus funcionários-prepostos, de tal sorte a reduzir a incidência de afrontas aos direitos e a dignidade dos usuários de tais produtos e serviços.

— A utilização desmedida do instituto do dano moral poderá criar o descrédito e vir a banalizar tão importante instrumento, por isso que se recomenda ao Judiciário a adoção de critérios sólidos na aferição e na quantificação da indenização por ilícitos dessa ordem e, aos operadores do direito, que utilizem de cautela e prudência na propositura de demandas a esse título.

— O fato de existirem desvios não pode ter o condão de invalidar tão importante preceito legal. É preciso que se aperfeiçoem os instrumentos postos à disposição dos que manejam o direito, coibindo-se os eventuais excessos.

Dessa forma, sugere-se ao Congresso Nacional a alteração do artigo 944 do Código Civil, para contemplar a possibilidade de uma indenização adicional nas ações decorrentes de dano moral a ser destinada a instituições de benemerência, além da justa indenização à vítima.

Referências bibliográficas

- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 3a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, v. III.
- MELO, Nehemias Domingos. *Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 6^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[1] Programa de responsabilidade civil, p. 85-86.

[2] Tratado de Direito Civil, vol. III, p.637.

[3] Responsabilidade Civil, p. 54

[4] Dano moral indenizável, p.62.

Date Created

08/01/2021