

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ANDRÉ VIANA DA CRUZ

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: André Viana Da Cruz; Cláudia Mansani Queda De Toledo; Otavio Luiz Rodrigues Junior; – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-541-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Constituição. 4. Dano Moral. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram anunciados no Grupo de Trabalho Direito Civil Constitucional, durante o XXVI Encontro Nacional do Conpedi, em São Luís, intitulado Direito, Democracia e Instituições no Sistema de Justiça, promovido em parceria com a Universidade Ceuma, no Maranhão. A coletânea de temas apresentados como comunicações científicas envolveu participações de vários Programas de Pós-Graduação em Direito representados por seus pesquisadores de mestrado e doutorado de todo o país e consolidam relevantes comunicações científicas a contribuir para a evolução doutrinária que entrelaça temas relativos ao direito civil e ao direito constitucional, em seus pontos de aproximação pertinentes. Os artigos foram selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares e levaram ao encontro acadêmico de pós-graduação várias controvérsias e desafios que se iniciaram desde a análise crítica da teoria do reconhecimento e a democracia, perpassaram conteúdos sobre o neoconstitucionalismo e a função social do judiciário, o controle da convencionalidade, para alcançar os pronunciamentos científicos sobre institutos essencialmente do direito privado como a curatela e a pessoa com deficiência, a desconsideração da personalidade jurídica, a decadência, algumas dimensões dos direitos da personalidade, o estudo da boa-fé no sistema brasileiro e da responsabilidade civil, algumas noções do contrato advindas do direito romano na contemporaneidade, a abordagem da discussão sobre a responsabilidade pessoal do agente público, o estudo do instituto usucapião em face do bem hereditário e a função social da propriedade. Acrescidos de exposições sobre os conceitos de igualdade e de vulnerabilidade e a reparação de danos, assim como a atualidade necessária à compreensão a respeito do dano moral e da multipropriedade no direito civil brasileiro.

O número de artigos apresentados foi de 17, todos permeados de intensos debates, desde o enfrentamento da conformação da disciplina direito civil constitucional até a nítida abordagem de institutos do direito civil, com a participação desta coordenação que foi enriquecida pela maciça cooperação dos pesquisados presentes e de convidados e renomados professores que prestigiaram os trabalhos.

Os objetos sobre os quais se dialogou tem ampla abrangência na ciência do direito e demonstram a importância do encontro científico do CONPEDI. A leitura indicará a

preocupação com o entrelaçamento possível e científico entre os ramos do direito civil e constitucional a demonstrar a singular contribuição acadêmica concretizada no Grupo de Trabalho.

Registre-se por parte desta coordenação conjunta os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - ITE

Prof. Dr. André Viana Da Cruz - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TUTELA COMPENSATÓRIA DOS DANOS MORAIS E O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

THE COMPENSATORY PROTECTION OF MORAL DAMAGES AND THE PRINCIPLE OF INTEGRAL REPARATION

**Pastora Do Socorro Teixeira Leal
Pedro Sarraff Nunes De Moraes**

Resumo

O presente artigo trata do conceito de dano moral, cujos contornos vagos e imprecisos tornam necessário constante ajuste e aperfeiçoamento de sua compreensão. Utilizando a pesquisa bibliográfica, problematiza o princípio da reparação integral no contexto dos danos morais com vistas a colacionar alguns aportes e reflexões teóricas pertinentes. Parte da noção de dano, ingressa nos contornos conceituais dos danos morais e analisa se há adequação do princípio da reparação integral em face da tutela compensatória dos danos de natureza extrapatrimonial, tudo à luz dos fundamentos e objetivos constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: Danos, Interesse jurídico, Danos morais, Reparação integral, Tutela compensatória

Abstract/Resumen/Résumé

This paper deals with the concept of moral damage, whose vague and imprecise contours make it necessary to adjust and improve its understanding. Using bibliographical research, it problematizes the principle of integral reparation in the context of moral damages with a view to collation of some pertinent theoretical contributions and reflections. Starts from the notion of damage, entering into the conceptual contours of moral damages and analyzes if there is an adequacy of the principle of integral reparation related to the compensatory protection of damages of an off-balance nature, guided by the constitutional objectives and fundamentals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Damage, Legal interest, Moral damages, Integral reparation, Compensatory protection

1. Introdução

Tendo em vista que o dano moral é um conceito vago e de contornos imprecisos, o presente trabalho pretende investigar critérios para a sua delimitação, bem como problematizar a dificuldade de quantificação do valor compensatório do dano moral a partir do princípio clássico da reparação integral, que se revela inadequado em face da deficiência de parâmetros tanto legais quanto doutrinários para a avaliação do dano extrapatrimonial.

Utilizando uma pesquisa bibliográfica, parte-se de uma análise teórica dos danos morais tendo como pano de fundo a importância atual do valor jurídico fundamental da dignidade da pessoa humana no ordenamento, marcado pelo ideário solidarista, com vistas à proposição de um critério conceitual dos danos de natureza extrapatrimonial.

A cabo, considerando que os bens e interesses jurídicos cuja violação pode caracterizar danos morais são de difícil quantificação em face da deficiência de parâmetros, pretende-se questionar a adequação do princípio da reparação integral para a mensuração da tutela compensatória dos danos morais, tudo à luz dos fundamentos e objetivos constitucionais.

2. Dano: caracterização jurídica

A palavra dano tem sua origem etimológica na expressão latina *damnum*, que significando o evento causador do prejuízo a outrem ou ainda o resultado, a ofensa ou um mal em desfavor de alguém, correspondendo ao efeito de uma conduta, ou seja, o prejuízo que dela resulta. O dano consubstancia-se então em uma forma de prejuízo, uma ofensa, uma deterioração, um estrago ou uma perda, correspondendo a um mal que se pratica a um indivíduo ou a lesão perpetrada a um bem ou a um interesse de alguém. Atualmente, a ideia de dano também fica elástica para comportar a exposição a risco de resultado danoso.

Como categoria jurídica, o dano desencadeia a responsabilidade civil, constituindo-se em elemento nevrálgico dela. Assim “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse dano” (FILHO, 2007, p.95).

Classicamente, no âmbito do direito civil, a reparação de danos não constituía a regra, mas sim a exceção, visto que a lógica capitalista, no contexto do Estado Liberal, incentivava a liberdade dos agentes econômicos, minimizando a interferência do aparato

jurídico na circulação de riquezas e no exercício de atividades negociais. Em um momento posterior, já no contexto do Estado do Bem Estar Social, marcado pelas transformações sociais e comprometido com a efetivação de direitos fundamentais, os interesses tutelados no mercado não estão mais circunscritos apenas aos dos empreendedores, passando a concorrer também os interesses de trabalhadores, consumidores e da coletividade em geral, pelo que o aparato jurídico teve de se moldar a esse novo contexto, tanto que, os elementos culpa, nexo causal e ato ilícito foram relativizados, voltando-se as atenções para a tutela da vítima e os prejuízos a ela infligidos. Cumpre destacar que, quanto ao ilícito aparece a categoria do abuso do direito, ilícito de caráter objetivo por prescindir da culpa para a sua caracterização sendo suficiente o desvio da função econômica e social.

Logo, o conceito de dano necessitou ser repensado, pois passou-se a cogitar, nessa passagem, de uma infinidade de exemplares de novos danos, tais como: danos à vida de relação; o dano pela perda da concorrencialidade; dano por redução da capacidade laboral; danos sexuais; danos de brincadeiras cruéis (*bullying*); dano pelo abandono efetivo; danos existenciais; e tantos outros¹.

A legislação civil brasileira não conceitua o dano, bem como não procede a uma delimitação de quais as lesões são tuteladas pelo ordenamento jurídico, optando o legislador por um sistema aberto², no qual prevalece uma cláusula geral de reparação de danos.

O conceito de dano não possui uma essência, “visto não se tratar de um dado inscrito na natureza das coisas, mas sim uma construção, tratando-se de um conceito situado no espaço cultural e no tempo axiológico” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 410).

Em uma concepção naturalista, considera-se o dano como a lesão infligida a um determinado bem, sendo concebido como um prejuízo, uma deterioração, um estrago ou uma perda. Tal noção está arraigada a valores individualistas, na medida em que circunscreve as lesões sobre o patrimônio que é composto por bens certos e tangíveis.

¹ Isso não significa que todos esses “danos” sejam fantasiosos ou menosprezíveis, tanto que não o são. Muitos deles deverão ser legitimados pelo ordenamento jurídico, mediante a adoção de critérios a serem utilizados na definição do conceito de dano, de modo que se possa compatibilizar a segurança jurídica com a necessária ductibilidade da lei à aceleração da vida, especialmente diante dos desafios da sociedade tecnológica atual.

² Por sistema aberto deve se entender como sendo aquele sistema caracterizado como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito, apoiada na jurisprudência, em contraposição a um sistema fechado, governado pelo ideal da codificação.

Não obstante, diante das rápidas mudanças sociais, ideológicas e econômicas, o paradigma solidarista propiciou uma ampliação da categoria de danos até então intocados pela tutela jurídica por serem incertos e intangíveis, muitos deles com efeitos puramente emocionais.

Assim, para que o dano venha a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, faz-se indispensável a presença de dois elementos: um de fato e outro de direito. O primeiro se manifesta no prejuízo e o segundo na lesão jurídica. A vítima necessita demonstrar que o prejuízo constitui um fato violador de um *interesse* jurídico tutelado pelo sistema e do qual seja ela a titular.

Então, para se alcançar um conceito estritamente jurídico de dano, deve-se partir da noção de *interesse*, sendo necessário examinar se há interesse jurídico a ser tutelado, visto que a extensão dos danos será determinada pela análise dos interesses, resultando daí a importância de sua consideração.

As necessidades que brotam das aspirações e anseios do ser humano fazem despertar o direcionamento de seu querer a determinadas metas ou conquistas, visando à obtenção de sua satisfação. “A noção de interesse está associada, assim, à idéia de proveito que o indivíduo expressa sobre um bem da vida, material ou imaterial, de valor econômico ou não” (MEDEIROS NETO, 2007, p. 98).

O interesse representa então a ligação entre o indivíduo e qualquer bem a que ele reconheça um valor e, portanto, eleja o seu alcance ou fruição como necessidade, justamente pela condição de vantagem ou proveito a ser obtido. Assim “o interesse, sob uma perspectiva nitidamente psicológica, sempre se identifica com a necessidade (ou desejo) tangida para um específico bem da vida. É esse, em linguagem pré jurídica, o significado de interesse” (PRADE, 1987, p. 11).

Da leitura do artigo 186 do Código Civil³, vê-se que o significado de dano é indicado como um conceito vago, de limites imprecisos, que será preenchido pela atividade doutrinária. Porém, como será possível estabelecer um conceito de dano sem se tornar refém de definições extremamente rígidas ou perigosamente fluidas?

³ 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.

Nesse desiderato, é necessário apartar a reparação de danos de um pretensão direito subjetivo da vítima ou de uma situação jurídica subjetiva que lhe ampare, pois a responsabilidade civil se estende a todas as violações dos comportamentos subjetivos dos quais pode se realizar a pessoa⁴. Em outros termos, se for considerado que só haverá reparação de danos quando previamente o legislador considerar o interesse da vítima como legalmente típico, acaba-se por desconsiderar que a pessoa realiza a si mesma não mediante um único esquema de situação subjetiva, mas por meio de uma complexidade de situações qualificáveis, caso a caso, como poder jurídico, interesse legítimo, direito subjetivo, faculdade e poderes.

No novo sistema de fontes, a configuração e a tutela das situações subjetivas mudam radicalmente. O direito subjetivo – figura controvertida desde sempre – perde centralidade definitivamente e aflui a exigência de diversificar os interesses e de dar formas e técnicas de tutela das pessoas por novos instrumentos, individualizados segundo o tipo de interesse a ser tutelado e a ponderação de valores a ser realizado (PERLINGIERI, 2011, p. 678).

Assim, o critério de seleção de danos não será apenas um dado estrutural do direito subjetivo, mas também de outros *interesses* que o ordenamento leva em consideração sobre vários perfis. Os interesses que se deve considerar para a individuação do dano não serão relevantes pela qualificação formal, mas em virtude de circunstâncias indicadas pontualmente.

Assim, é possível apresentar um conceito de dano como a “lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 232). Deve-se entender como interesse jurídico, aquilo que, em uma perspectiva cultural-valorativa, determinada comunidade considera digno de proteção/promoção e, portanto, de devida tutela jurídica.

Ainda sob a perspectiva do dano como a lesão a um interesse jurídico concretamente merecedor de tutela, é válido destacar a inevitável valoração de justiça dessas lesões o que remete a análise do dano qualificado como injusto⁵.

⁴ De fato, a realização do valor do ser humano não se dá exclusivamente pela atribuição de direitos subjetivos, através da técnica regulamentar, mas também mediante a tutela de interesses legítimos.

⁵ A expressão dano injusto é de origem italiana, presente na dicção do artigo 2.043 do Código Civil Italiano nos seguintes termos: “qualquer fato doloso ou culposo que causar a alguém um dano injusto, obriga àquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”.

Prevalece atualmente a noção de que o vocábulo *injusto* qualifica um dano que ofende a um *interesse merecedor de tutela*, desvinculando-se o conceito de injustiça daquele de antijuridicidade.

O dano injusto é aquele relevante segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz de princípios constitucionais, como forma de concretização da dogmática jurídica principiológica, permitindo ao aplicador do direito, em um caso concreto, ponderar os interesses em jogo, a partir de valores expressos na Constituição Federal, tais como o fundamento da dignidade da pessoa humana e o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e, a partir desses valores, decidir quem deve arcar com a responsabilização dos prejuízos. Desta feita, a noção de dano injusto corresponde àquele que a vítima não deve arcar com seus custos a serem imputados ao causador.

Em uma análise do Direito Civil à luz de uma perspectiva constitucional, observa-se que o ser humano foi guindado a condição de protagonista do ordenamento jurídico, pois sua especial dignidade exige um espectro de proteção para o exercício de situações jurídicas existenciais e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Daí decorre a valorização do dano moral como violação de interesses extrapatrimoniais, em sua múltipla acepção de lesões à integridade física, psíquica e moral. Tal fenômeno de disseminação de danos não está respaldado apenas no renovado olhar que se lança sobre as projeções da subjetividade humana, mas também em vista da desenfreada proliferação de lesões, típica da sociedade contemporânea, acentuada pelos avanços tecnológicos dos tempos atuais.

3. O Dano moral: dor, sofrimento ou lesão à dignidade da pessoa humana?

A Constituição brasileira refere-se ao dano moral em seu artigo 5º, inciso V e X. Igualmente, a legislação infraconstitucional também se refere aos danos morais, tal como no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), no artigo 6º, inciso VI, e no Código Civil de 2002, no artigo 186.

Vê-se que não há no ordenamento jurídico brasileiro um conceito legal de danos morais⁶. O dano moral é uma categoria cuja construção decorre fundamentalmente da

⁶ A esse respeito, vale destacar que há o Projeto de Lei nº 150/99, em trâmite no Congresso Nacional, que objetiva conceituar os danos morais, fazendo-o nos seguintes termos: “Art. 1º Constitui dano moral a ação

jurisprudência dos tribunais, apoiada na contribuição teórica de gerações sucessivas de juristas⁷.

O reconhecimento do dano não patrimonial veio permeado de referências à tradição do *pretium doloris* ou *pecunia doloris*, ou seja, o preço da dor e do sofrimento, cuja reparação em dinheiro, em uma perspectiva histórica, repugnava à moralidade.

A definição do que se deseja para o dano moral não se relaciona com a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares⁸. O pesar e a consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial consubstanciam meras sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis.

Não é a dor, tomando-se esse termo no seu sentido mais amplo, “mas sua origem – advinda de um dano injusto – que comprova a existência de um prejuízo moral ou imaterial indenizável” (MORAES, 2003, p. 130). A decepção, desgosto, desprazer, dissabor, todos esses sentimentos não passam de uma eventual consequência do dano moral.

Assim, há que se observar que na identificação do dano moral, em nenhum momento, há de ser necessário se apropriar dos contingentes sintomas sobre a subjetividade do indivíduo ofendido, seja para constatar a existência do dano, seja para aferir a própria extensão dos danos extrapatrimoniais. Ao contrário, o que avulta é a análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos, a fim de se averiguar onde está o interesse digno de proteção e promoção.

Na empreitada de buscar construir verdadeiramente um direito civil constitucional, a aproximação do modelo teórico do dano moral com o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em etapa indispensável e inevitável.

ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade”.

⁷ Importante frisar que qualquer definição teórica acerca do dano moral merece ser a mais apropriada possível, considerando o contexto vivenciado no limiar de um terceiro milênio, capaz de levar em conta o referencial democrático da Constituição Federal e o pluralismo da sociedade brasileira (e global), extremamente heterogênea em termos culturais, sociais e econômicos.

⁸ Nesse sentido, o Enunciado nº 444 do Conselho da Justiça Federal emitido na V Jornada de Direito Civil ressalta que “*O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimento humanos desagradáveis como dor ou sofrimento*”

A dignidade constitui um valor ético, parte da própria essência do ser humano, pelo que ela antecede e fundamenta a ordem política e, ainda, promove a inserção da pessoa na condição de protagonista do sistema jurídico, com o fulcro de evitar qualquer ato atentatório à necessária estima e respeito em face da inerente dignidade de cada indivíduo, bem como objetiva incitar o próprio ordenamento a propiciar um ambiente de liberdades com a concessão de um mínimo invulnerável, a fim de que todos possam desenvolver as suas aptidões e exercer os seus fins em conformidade com as condições humanas.

A expressão dignidade da pessoa humana não é supérflua ou vazia, muito menos redundante. Ao contrário, indica que a dignidade não pode ser aferida seguindo padrões individuais, não bastando ao indivíduo que seja livre, mas que pertença, essencialmente, à humanidade, na qual, os indivíduos nunca deixam de ser um fim em si mesmos, sob pena de se transformarem em instrumentos para os fins alheios⁹.

Tal perspectiva auxilia o intérprete a uma percepção menos abstrata e mais efetiva acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, enquanto, o valor liberdade se conecta imediatamente com as expectativas individuais, a dignidade permite uma remissão a tudo aquilo que concerne ao gênero humano. (ROSENVOLD, 2005, p. 211).

A busca da concretização da dignidade da pessoa humana, no contexto da responsabilidade civil, parte da doutrina que sustenta que do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, notadamente os da igualdade (vedada toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades das pessoas), da liberdade (assegurando autonomia ética à pessoa), da integridade psicofísica e da solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações).

Tal modelo de delineamento da dignidade é profícuo, na medida em que impede que se proceda a uma conceituação minimalista do dano moral, que compreende diversificadas ofensas a direitos da personalidade, mas que não se restringe a elas. Ofensas ao corpo, à alma e ao intelecto da pessoa podem ser compreendidas no âmbito dos atributos

⁹ De fato, a dignidade é mais do que uma expressão eloqüente, mas constitui-se em um valor refundante de toda a disciplina do direito privado, significando que a personalidade humana não pode ser reduzida apenas à sua esfera patrimonial, possuindo também verdadeira dimensão existencial, que passa a ser valorada juridicamente, na medida em que a pessoa é considerada em si e por sua humanidade, constituindo o valor fonte que justifica a própria existência do ordenamento jurídico.

existenciais da integridade física, psíquica e moral do indivíduo estão inseridas na noção de dano moral, contudo existem outras possibilidades como assevera a doutrina.

Porém, o dano moral não se exaure nessa perspectiva, eminentemente de direito privado, visto que existem direitos fundamentais, como a liberdade, igualdade e solidariedade, que não estão inseridos no catálogo de direitos da personalidade, contudo, configuram inequívocas projeções da dignidade da pessoa humana (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 294).

Com isso, resta justificada a relação direta entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a definição do dano moral como sendo a violação desse princípio. Realmente, em uma dimensão ontológica, a dignidade, enquanto qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável da pessoa humana, qualifica todos os indivíduos e atribui-lhes a condição humana, independente das circunstâncias concretas, já que inerente a qualquer pessoa pelo fato de ser dotada de razão, consciência e autonomia, impedindo que sejam instrumentalizados para fins alheios.

Contudo, resumir o dano moral à sedutora noção de ofensa a dignidade da pessoa humana, na forma como apontada pela matriz kantiana de desrespeito a autonomia, poderá redundar em uma fórmula abstrata e genérica, incapaz de propiciar segurança e estabilidade jurídicas, porque a dignidade poderia se tornar em uma “figura retórica”, permitindo a justificação de qualquer pretensão à tutela do dano extrapatrimonial.

Ao definir-se o dano moral, estar-se-ia substituindo o subjetivismo da dor e da mágoa, pelo subjetivismo da dignidade, isso apenas por que essa substituição se afigura mais palatável em vista de sua “autoridade moral”, universalmente reconhecida a todos os seres humanos.

É bom que se ressalte, contudo, que não há que se considerar como um “erro” a menção ao dano moral como a violação à dignidade humana. Porém tal definição mostra-se incompleta e insatisfatória diante de um ordenamento jurídico plural e complexo, pois o conceito extremamente fluido e persuasivo da dignidade encontraria guarida em todas as pretensões, prestando-se a todo tipo de fundamentação jurídica. Há uma série de situações em que, para uma determinada pessoa houve uma intensa ofensa ao núcleo da dignidade, enquanto que, para outras, o mesmo episódio em nada compromete a sua dignidade. Ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, ou seja, comum a todas as pessoas

em todos os lugares – e em todos os tempos, não haveria como evitar uma disparidade sempre que se tivesse de avaliar se uma conduta é, ou não, ofensiva à dignidade.

“A existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem os seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui essa dignidade, critérios esses que variam de acordo com o local e a época” (Dworkin, 2007, p. 305).

4. O Dano moral como a lesão injusta a um interesse existencial

Na tentativa de um aprofundamento da compreensão acerca da própria noção de dignidade humana, pode-se conceituar o dano moral como sendo *uma lesão injusta a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela*.

Para além de sua dimensão ontológica, existe uma dimensão intersubjetiva da dignidade humana. Ou seja, deve-se situar o ser humano no âmbito da pluralidade de relações interpessoais, marcadas pela recíproca consideração e respeito, em uma perspectiva relacional e comunicativa.

A dignidade, como categoria axiológica aberta, não pode ser conceituada de maneira fixista, tratando-se de um conceito que demanda uma constante concretização pela práxis constitucional. Isso quer dizer que a busca de uma definição necessariamente aberta, porém minimamente objetiva – no sentido de concretizável, em face da exigência de certo grau de segurança e estabilidade jurídica, demanda uma definição para a dignidade da pessoa humana que alcance pleno sentido e operacionalidade apenas em face do caso concreto (SARLET, 2015, p. 50).

Essa aferição intersubjetiva e relacional da dignidade da pessoa humana possibilita uma abordagem diferenciada sobre a tutela do dano moral.

O juízo de merecimento de tutela, realizado pelas cortes judiciais, somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz de circunstâncias peculiares (SCHREIBER, 2007, p. 140).

A partir de cada caso concreto é possível definir o âmbito de prevalência dos diversos interesses que se contrapõem. Com isso, revela-se uma nova faceta do dano, consistente no sentido de funcionar como uma espécie de cláusula geral que permita ao órgão julgador, em cada caso concreto, verificar se o interesse alegadamente violado consiste, à luz

do ordenamento vigente, em um interesse digno de proteção, não apenas em abstrato, mas também, e acima de tudo, em face do interesse que se lhe contrapõe.

Uma forma de demonstrar que o caminho de aferição do dano extrapatrimonial passa pela técnica da ponderação e pela regra da proporcionalidade, considerando as circunstâncias concretas, consiste em por em evidência o modo como os tribunais brasileiros declaram que o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, que deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano moral a guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis*, que decorre das regras da experiência comum.

Em outras palavras, a desnecessidade de demonstração da dor, mágoa ou sofrimento ou de qualquer outra forma de lesão à suscetibilidade da vítima não deve ser motivada no fato de o dano moral ser presumido por uma lesão à dignidade, porém pelo fato de que aquelas sensações não passam de eventuais consequências de um dano moral, pois este se traduz na própria lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.

Substituir o dogma da dor pelo dogma da dignidade, ambos no plano consequencial da lesão, quando em verdade a investigação deve estar centrada na concreta ofensa a um direito da personalidade, a um direito fundamental do ofendido ou a um interesse juridicamente tutelado.

Esse exame objetivo do fato, na ponderação entre a conduta supostamente lesiva e o interesse supostamente lesado, é que selecionará o interesse existencial concretamente merecedor de tutela e deixará evidente se, de fato, trata-se de um dano injusto ou de um dano justificável à luz do dimensionamento da colisão dos bens jurídicos na concretude do caso.

Contudo, é bom que se esclareça, que a definição do dano extrapatrimonial como a lesão injusta a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela, não pretende afirmar que somente haverá dano moral quando a lesão for grave, ou a partir do instante em que se evidencie a severidade da ofensa. Definitivamente há que se repelir essa perspectiva, por uma simples razão: todo dano a uma situação existencial é intrinsecamente grave.

Sendo assim, diante de uma pretensão de tutela de danos morais, não importará apenas sopesar em concreto a tutela do ofendido com o exercício de uma eventual liberdade em contraposição, como também legitimar, em cada caso, o direito a tutela dos danos

concretamente sofridos. Apenas assim é possível evitar, em um campo extremamente fluido e desprovido de enumerações taxativas, as pretensões compensatórias injustas e desarrazoadas, incapazes de possibilitar uma verdadeira conjugação entre a afirmação da dignidade com o dever de solidariedade política, econômica e social. “Impõe-se a compatibilização entre a justiça da tutela com a liberdade e autonomia e as exigências de uma real solidariedade” (PEREIRA, 2009, p. 244).

5. Da tutela compensatória dos danos morais: o problema da inadequação do princípio da reparação integral.

Uma das funções da responsabilidade civil consiste na reparação de danos patrimoniais e na compensação de danos extrapatrimoniais. Como um gênero, a reparação de danos abrange a indenização do dano patrimonial e a satisfação ou compensação dos danos morais, pelo que essa fórmula bipolar da reintegração da vítima por lesões econômicas e/ou existenciais tem dominado o campo da responsabilidade civil.

O princípio da reparação integral possui por finalidade repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as conseqüências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha.

O referido princípio encontra-se previsto no artigo 944 do Código Civil, sucintamente enunciando que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

O princípio concretiza-se de duas formas: *a priori*, a reparação será natural, mediante a restituição ao ofendido do mesmo bem em substituição ao outro, com a cessação dos efeitos danos anteriores ao evento, ou então, a reparação dar-se-á em pecúnia, mediante o pagamento de uma indenização que razoavelmente possa equivaler ao interesse lesado.

Nesse sentido é a dicção do artigo 947 do Código Civil ao estabelecer que “*Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente*”. Isso põe em evidência que o objetivo primário da função reparatória da responsabilidade civil será o da recomposição ou restituição dos bens jurídicos injustamente

lesionados. Com isso, depreende-se que a indenização pecuniária é a pedra de toque da responsabilidade civil¹⁰.

A reparação integral é de alcance relativamente simples no setor dos danos emergentes puramente patrimoniais, mas a dificuldade de sua avaliação é sentida no cálculo dos lucros cessantes e da condenação pela perda de uma chance, sendo que, indiscutivelmente, é no trato dos danos morais que se observa o maior desafio à valoração da reparação integral.

Esse desejável retorno ao estágio anterior, ainda que possível, em tese, para os danos patrimoniais, é absolutamente impossível para os danos morais. Tal impossibilidade decorre da premissa da impraticável fixação de um preço para as situações jurídicas da personalidade humana, visto que a dignidade não pode ser reconduzida ao mundo dos valores¹¹.

Qualquer avaliação ou preço que se estipule como resposta jurídica à ofensa de um bem intrínseco à pessoa humana será meramente uma compensação ou uma satisfação. “Indenizar é apagar o dano, o que só se consegue fazer através da reposição do patrimônio na situação em que estava antes, enquanto que compensar é dar algo que contrabalança o mal causado, mas sem poder apagar este” (NORONHA, 2003, p. 438).

Na inviabilidade de esvair o ataque à dignidade por uma cabal reposição patrimonial, a função reparatória da responsabilidade civil atuará para minorar os efeitos do dano injusto, mediante a imposição ao ofensor de uma quantia que significará uma satisfação compensatória, sendo esta a forma que o Direito encontrou para solucionar as hipóteses de ofensas a tais bens jurídicos.

Porém, tal processo de quantificação do dano moral constitui questão que atormenta a mente dos juristas, na medida em que torna-se intuitiva a indagação de como mensurar algo que, por sua essência, não pode ser mensurado. Essa indagação põe em

¹⁰ O próprio vocábulo *indenizar* é oriundo da expressão latina *in dene*, significando uma ação de apagar os danos, traduzindo um retorno ao estágio anterior à lesão, restabelecendo-se aquilo que se tinha antes da prática do dano

¹¹ Cumpre apenas ressaltar que em tempos utilitários como o atual, também os bens extrapatrimoniais usualmente costumam receber uma avaliação, na maior parte, por mera venalidade, estabelecendo-se “práticas comerciais” nas quais subjaz um preço. Nesse sentido, não é possível olvidar que o usufruto de bens jurídicos como o nome e a imagem são avaliáveis em dinheiro e podem ser licitamente negociáveis na lógica do mercado.

destaque uma faceta paradoxal do dano moral consistente na necessidade de quantificar bens que não aceitam quantificação.

O problema mais difícil hoje se refere, sem qualquer dúvida, à avaliação ou quantificação da reparação dos inúmeros tipos de dano moral. Se, como de fato, se trata de situações existenciais, haverá alguma possível fórmula pela qual, com justiça, se indenizará pecuniariamente os danos causados às pessoas? (MORAES, 2003, P. 50).

Em face do dano moral, resente-se da ausência de um denominador hábil a estabelecer uma relação entre o bem existencial lesionado e a compensação pecuniária¹².

Em que pese a omissão da lei civil, no que tange aos marcos regulatórios de valoração e quantificação do dano moral, certamente um critério deverá se adotado como ponto de partida. Consoante o artigo 944 do Código Civil, “*a indenização mede-se pela extensão do dano*”. Essa norma foi originariamente concebida para delimitar a extensão de danos patrimoniais, visto mencionar a indenização, tida como sanção que somente pode ser atribuída a uma lesão de natureza econômica.

No entanto, referido dispositivo legal pode ser utilizado para compreender o esforço doutrinário de estabelecer critérios objetivos aptos a balizar sentenças e a conferir à jurisprudência um sistema de valoração e quantificação que tenha em vista um resultado capaz de, atendendo as peculiaridades de cada caso concreto, racionalmente estabelecer uma pertinência entre a extensão do dano moral e o montante fixado à título compensatório.

Primeiramente, na fase de valoração, será constatada a existência do dano extrapatrimonial pela violação a situações jurídicas existenciais, dirigindo-se o olhar à constatação do fato lesivo em si. Lembre-se que o dano moral somente poderá ser presumido, ou *in re ipsa*, no plano das conseqüências sobre as variáveis subjetivas da vítima, mas jamais presumido no que diz respeito à própria demonstração da existência do dano.

Será indispensável à aferição objetiva e concreta do ato em tese violador da intimidade. Tal exame objetivo do fato, na ponderação entre a conduta supostamente lesiva e

¹² Cumpre deixar claro que *valorar* e *quantificar* o dano moral constituem ações cujos conceitos são próximos, porém distintos. Em comum, ambas implicam um esforço de concretizar e particularizar o dano, mas a valoração importa em determinar o conteúdo intrínseco do dano moral, sua índole de interesse existencial violado e as projeções negativas da ofensa sobre a subjetividade da vítima. Uma vez feita a valoração, será necessário ponderar a repercussão no plano compensatório em um processo de quantificação, o qual procura estabelecer o quanto se deve pagar, de modo justo e equilibrado.

o interesse supostamente lesado, é que selecionará o interesse existencial concretamente merecedor de tutela e evidenciará se, de fato, trata-se de dano injusto ou de um dano justificado à luz de um dimensionamento dos bens jurídicos na concretude do caso¹³.

Valorado o dano moral e comprovada a sua existência, dá-se início à fase de quantificação do dano e com ela a investigação de sua extensão. Nesse passo, não avulta mais considerar o fato lesivo, mas sim o seu impacto sobre as peculiaridades da pessoa do ofendido, ou seja, o antes e o depois do dano, buscando-se sua individualização, caracterizada como uma comparação da condição humana da vítima no momento anterior a lesão, com a maior ou menor gravidade do reflexo dela sobre a pessoa¹⁴.

A finalidade da condenação tem sido a de compensar o prejuízo causado pela lesão, mediante a concessão de uma satisfação econômica, a avaliação da existência e extensão do fato lesivo e os seus reflexos sobre a pessoa da vítima. Contudo, essa finalidade não tem sido suficiente quando o dano moral decorre do abuso do poder econômico, pois o agressor lucra com as ofensas morais, seara na qual é admissível considerar como parâmetro de quantificação as vantagens econômicas obtidas pelo lesante.

Conforme ressaltado anteriormente, a função precípua da responsabilidade civil consiste na reparação dos danos, pelo que a esmagadora maioria dos litígios revela pretensões de condenação do ofensor ao pagamento de um valor que compense ou satisfaça o dano injusto. Tal implica no reconhecimento de que a reação do ordenamento jurídico a um dano de índole extrapatrimonial consiste no oferecimento à vítima de uma quantia monetária como forma de tutela.

Infelizmente, a experiência tem demonstrado que a valoração de bens jurídicos, que antes se supunha inestimáveis, produz a sensação na sociedade de que a pretensão à reparação do dano moral configura-se em uma batalha capitaneada pelo ofendido em busca de

¹³ Nesse sentido, vale destacar o Enunciado nº 454 do Conselho da Justiça Federal: “*Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (in re ipsa), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência*”. Há uma valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico ofendido.

¹⁴ Cabe frisar que a mutação da condição existencial da vítima – antes e após a lesão, aferida em dois níveis, a primeira objetiva (*in re ipsa*) e, depois, subjetivamente, em nada se relaciona com o exame da condição econômica da vítima. Na quantificação do dano moral, jamais o julgador perquirirá a situação financeira do ofendido como elemento de maior ou menor impacto sobre o arbitramento de uma reparação, pois o elemento de maior ou menor pobreza do ofendido não altera a essência da sua dignidade.

vantagens econômicas e, de outra banda, algumas práticas econômicas abusivas violam bens e interesses existenciais para aumentar o lucro e prejudicar a concorrência, caracterizando verdadeiro *dumping social*. Neste cenário, passa a existir um preço capaz de eliminar qualquer questionamento ético sobre o impacto de um ilícito na dignidade do ofendido.

Somado a isso, tem-se a enorme dificuldade no estabelecimento de critérios objetivos para a quantificação dos danos extrapatrimoniais, demonstrando que nenhuma fórmula será suficiente, pois o problema da patrimonialização da reparação não está centrado propriamente em justificar meritoriamente um montante de compensação, mas sim em uma evidente subversão valorativa que negligencia a tutela de bens e de interesses existenciais fazendo com que as preocupações recaiam estritamente sobre as consequências econômicas de uma demanda.

Se for certo que a ordem constitucional moderna está preocupada em promover a pessoa em seu aspecto ético, valorizando-a pelos dados dos direitos da personalidade e não por suas posses, soa estranho que toda a preocupação doutrinária se encontre concentrada na técnica que vê na reparação pecuniária o único meio de satisfazer a vítima do dano moral (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 93).

Tudo isso remete a doutrina à concepção de formas desmonetizadas de satisfação de danos morais (direito de resposta, retratação, publicação de sentença, etc.), de modo a ampliar o leque de opções da vítima, oportunizando-lhe o acesso a um provimento jurisdicional que se mostre minimamente satisfativo, tendo em vista a impossibilidade de uma reposição a uma situação de equivalência ao momento anterior ao dano. As tutelas inibitórias também podem contribuir para esse desiderato.

Nesse contexto, “as formas não patrimoniais de compensação, longe de atenderem a uma preocupação exclusivamente econômica vinculada ao custo das reparações, satisfazem, na maior parte dos casos, de forma mais plena, os anseios da vítima” (SCHREIBER, 2007, p. 195).

Tais meios não necessariamente vêm substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação.

Não sendo possível apagar um dano moral, mas tão somente minimizar as suas consequências na órbita existencial da vítima, os remédios desmonetizadores de reparação de danos extrapatrimoniais contribuirão para a satisfação do ofendido, sem que com isso

substituam a tradicional condenação em dinheiro, mas a ela acrescentando, de modo a atender ao princípio da reparação integral.

6. Considerações Finais

No âmbito da ciência jurídica, o dano está inserido como categoria jurídica que desencadeia a responsabilidade civil, constituindo-se em elemento nevrálgico dela.

A legislação civil brasileira não conceitua o dano, bem como não procede a uma delimitação de quais as lesões são tuteladas pelo ordenamento jurídico. Para que o dano venha a ser tutelado pelo ordenamento, faz-se indispensável a presença de um prejuízo e da lesão jurídica, sendo esta última a consequência de um fato violador a um *interesse* jurídico tutelado pelo sistema.

O critério de seleção de danos não será apenas um dado estrutural do direito subjetivo, mas também de outros *interesses* que o ordenamento leva em consideração sobre vários perfis. Os interesses que se deve considerar para a individuação do dano não serão relevantes pela qualificação formal, mas em virtude de circunstâncias indicadas pontualmente.

Inevitável ainda é a valoração de justiça das lesões aos interesses jurídicos, o que remete a análise do dano qualificado como injusto. O dano injusto é aquele relevante segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz de princípios constitucionais, como forma de concretização da dogmática jurídica principiológica, permitindo-se, em um caso concreto, ponderar os interesses em jogo, a partir de valores expressos na Constituição Federal. O dano é injusto quando a vítima não deve arcar com seus custos, mas sim o ofensor.

Dentro da lógica atual do ordenamento constitucional brasileiro, marcado pelo princípio do solidarismo, a dignidade da pessoa humana foi elevada à condição de princípio fundamental do ordenamento, ao que o âmbito normativo civilista também sofre influências desse valor da dignidade. Em vista disso, o dano moral é caracterizado como a violação ou a lesão injusta ao valor da dignidade humana, abandonando-se a concepção anterior que o vinculava ao sentimentos negativos, como dor, angústia e sofrimento.

Contudo, é possível verificar também que a concepção do dano moral como lesão injusta ao valor da dignidade humana, também pode se mostrar falha, uma vez que a dignidade, por ser um termo de contornos imprecisos e vagos, deve em verdade ser tomada

como ambientação das relações entre os indivíduos, ou seja, em sua perspectiva comunicativa e relacional.

Assim, é possível caracterizar o dano moral como uma lesão injusta a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Em outros termos, o dano moral será caracterizado caso a caso, mediante um exercício de ponderação dos interesses jurídicos em conflito, que permita evidenciar a lesão a um interesse de natureza existencial a merecer a tutela do ordenamento.

Em vista da dificuldade teórica de precisar o próprio conceito de dano moral, o qual permanece em constante aperfeiçoamento, vislumbra-se igualmente dificultosa a tarefa de quantificação da tutela compensatória desse dano, apontando-se para uma relativa inadequação do princípio da reparação integral.

O princípio da reparação integral visa a repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha antes da lesão. Percebe-se que essa construção é perfeitamente congruente com a tutela dos danos patrimoniais, sendo que é no trato dos danos morais que se observa o maior desafio à valoração da reparação integral.

Não sendo possível apagar um dano moral, mas tão somente minimizar as suas consequências na órbita existencial da vítima, os remédios desmonetarizadores de reparação de danos extrapatrimoniais, dentre eles as tutelas preventivas e inibitórias, podem contribuir para a satisfação do ofendido, sem que com isso substituam a tradicional condenação em dinheiro, mas a ela acrescentando, de modo a atender ao princípio da reparação integral.

Referências Bibliográficas

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro. In **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PEREIRA, Rui Soares. **A Responsabilidade por Danos não Patrimoniais. Do incumprimento das obrigações no direito civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. Belo Horizonte. Del Rey, 2010.