# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## **DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL\***

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA
CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS
ILTON GARCIA DA COSTA

## Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

## Diretoria - Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

### **Conselho Fiscal**

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - UNINOVE

#### D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de

desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



## XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## **DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL\***

## Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, consequentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra Direito Civil Constitucional, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro Temas de Direito Civil, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

## Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um modus interpretandi que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

# A REPARAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DA PERDA DE UMA CHANCE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

## DAMAGE REPAIR MORAL ARISING OUT OF A CHANCE OF LOSS AS EFFECTIVE WAY OF DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

**Eveline Lima de Castro** 

## Resumo

A complexidade das relações jurídicas, decorrente da rápida evolução da tecnologia, traz consigo a dificuldade do sistema normativo alcançar todas as hipóteses de responsabilidade civil oriundas destas relações, pois os fatos sociais mudam mais rápido do que o Direito. Com a mudança do paradigma da responsabilidade civil, que deixou de focar o ato ilícito para vislumbrar o dano injusto causado à vítima, o objetivo legal e constitucional é a reparação integral do dano, cujo fundamento é a necessidade de resguardar a dignidade da pessoa humana, valor supremo da Constituição Federal. A partir desta premissa, faz-se necessária uma releitura dos institutos do Direito Civil, neste caso a responsabilidade civil pela perda de uma chance, à luz da Constituição Federal, que valoriza a intangibilidade do ser humano, conferindo ampla proteção aos seus direitos da personalidade e, portanto, à sua dignidade.

Palavras-chave: Dano moral, Dignidade, Perda de uma chance

## Abstract/Resumen/Résumé

The complexity of legal relations, arising from the rapid evolution of technology brings with it the difficulty of the regulatory system to reach all the assumptions of liability from such relations because social facts change faster than the law. With the changing paradigm of liability, leaving to focus on the illicit act for a glimpse of the wrongful damage caused to the victim, the legal and constitutional objective is full compensation for the damage, whose foundation is the need to safeguard the human dignity, supreme value of the Federal Constitution. From this premise, it is necessary a reinterpretation of the institutes of civil law, in this case liability for the loss of a chance in the light of the Federal Constitution, which values the inviolability of human beings, giving ample protection of their rights of personality and therefore their dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Moral, Dignity, Loss of a chance

## INTRODUÇÃO

Os desafios das discussões jurídicas tendem a passar, em algum momento, pela hermenêutica, técnica cuja aplicação é imprescindível para o estudo de institutos jurídicos desprovidos de significado preciso, como é o caso do dano moral.

Tendo em vista a rápida evolução dos fatos sociais, que não é acompanhada com a mesma agilidade pela legislação, cabe ao intérprete a tarefa de atribuir a devida densidade aos institutos, para que possam regular o máximo possível de situações jurídicas que venham a se materializar.

Seguindo a tendência, cada vez mais solidificada, de interpretar os institutos do Direito Civil à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal de 1988, fazse premente elaborar uma análise do dano moral sob o ponto de vista constitucional, vislumbrando o primado da dignidade da pessoa humana como premissa básica da hermenêutica civil-constitucional.

Além disto, com a evolução do instituto da responsabilidade civil, é importante avaliar o novo paradigma em que se pauta sua interpretação, não mais sob a ótica do ato ilícito, mas do dano injustamente causado à vitima do evento, o que viabiliza a reparação integral do dano causado.

Nesta perspectiva, é necessário edificar a responsabilidade civil pela perda de uma chance, que merece a proteção estatal, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, mormente os atinentes à personalidade, objeto deste estudo.

Assim, pretende-se sugerir uma releitura do dano moral, especialmente aquele que decorre da perda duma chance de obter uma vantagem esperada, mostrando que o Direito Civil atual, privilegiando uma interpretação à luz da Constituição Federal, anseia pela tutela da dignidade humana.

Com a tutela deste valor supremo, fundamento do Estado Democrático de Direito, é possível conceder a garantia de integral reparação de quaisquer eventos causadores de prejuízos extrapatrimoniais.

## 1 MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA

O ponto de partida da presente discussão é a identificação da relação existente entre o direito constitucional à reparação do dano moral e o valor supremo da dignidade da pessoa humana.

O objetivo é discutir como a responsabilidade civil, especialmente aquela decorrente da perda de uma chance, deve ser vislumbrada sob a ótica civil-constitucional.

As fontes legais utilizadas são a Constituição Federal, que fornece embasamento para uma leitura do dano moral à luz do valor supremo da dignidade da pessoa humana, e o Código Civil, que estabelece alguns parâmetros — em princípio superficiais — de avaliação e quantificação do dano moral.

Além da fonte jurisprudencial, utilizou-se, como fonte doutrinária, a obra de: Ingo Wolfgang Sarlet (2009), que analisa a dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988; Maria Celina Bodin de Moraes (2009), que propõe a análise dos danos à pessoa humana comungando os princípios constitucionais e os critérios civilistas; Sérgio Savi (2009), que trata da responsabilidade civil pela perda de uma chance. E os comentadores menores, não porque são menos importantes, mas porque publicaram menos nesta mesma perspectiva: ALEXY, 2008. BARROSO, 2002. BONAVIDES, 2001. CAVALIERI FILHO, 2004. DURKHEIM, 2007. PEREIRA, 2001. PIOVESAN, 2010. HABERMAS, 1992.

O trabalho de investigação foi iniciado pela leitura e fichamento de cada obra para possibilitar, em momento subsequente, uma exposição crítica dos posicionamentos apresentados numa ordem crescente: dos mais abstratos para os mais determinados; dos mais teóricos e filosóficos para o mais operacionais.

A exposição está dividida em seções. O objetivo da seção 2 é discutir a dignidade como valor supremo, os direitos da personalidade e a problemática da relação destes direitos com o dano moral.

O objetivo da seção 3 é expor a noção filosófica de moral, para que se possa compreender em que consiste o dano extrapatrimonial e identificar os critérios necessários à sua reparação.

Por fim, na seção 4, será estudada a responsabilidade civil pela perda de uma chance. A ênfase é na admissão deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro e possibilidade de reparação do dano moral causado ao indivíduo em razão da supressão da oportunidade de obter um êxito esperado.

À guisa de conclusão, nas considerações finais, faz-se a síntese da resposta à pergunta de partida e mostra-se os objetivos alcançados.

# 2 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O objetivo do capítulo é discutir a dignidade como valor supremo, os direitos da personalidade e a problemática da relação destes direitos com o dano moral.

## 2.1 A dignidade como valor supremo

A dignidade da pessoa humana, como valor fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1°, III, Constituição Federal), é o princípio mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal, devendo ser máxima a sua densidade jurídica no sistema constitucional. (BONAVIDES, 2001: 233).

O princípio da dignidade humana é o eixo axiológico em torno do qual gravitam os direitos humanos fundamentais, que encontram na Constituição Federal o seu ponto de equilíbrio, em razão da unidade que o Texto Máximo lhes confere. À luz desta concepção, infere-se que a dignidade humana torna o sistema jurídico coeso e harmônico, na medida em que os direitos e garantias fundamentais devem ser estabelecidos de forma a efetivá-la.

A Constituição de 1988, repousando entre as Constituições mais avançadas do mundo, no que toca à consolidação dos direitos e garantias fundamentais, não é apenas um documento legal, mas um documento com forte conotação ideológica, refletindo o que somos e o que queremos ser enquanto sociedade. (JACKMAN *apud* PIOVESAN, 2010: 21).

A Constituição brasileira de 1988, que espelha a reconquista dos direitos fundamentais, sobretudo os de cidadania e os individuais (BARROSO, 2002: 42), confere unidade ao sistema destes direitos, assentando-se na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que considera a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado (MIRANDA, 1988: 166).

É função precípua do Estado, além de se abster de praticar atos atentatórios à dignidade humana, protegê-la contra atos de terceiros, o que poderá ser feito mediante implementação de medidas de precaução para evitar lesão da dignidade e dos diretos fundamentais ou medidas tendentes a reconhecer e fazer cessar ou, pelo menos, minimizar os efeitos das violações, assegurando a reparação integral do dano. (SARLET, 2009: 121-122).

Além da dupla função do Estado (proteção e defesa), deve-se salientar que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais motiva a existência de deveres de respeito e proteção

também nas relações entre particulares, evidenciando que a dignidade impõe um dever geral de respeito dos indivíduos, uns para com os outros.

Na visão de Dworkin, para quem o governo que não leva a sério os direitos não leva a sério o Direito, é possível afirmar que a ordem jurídica e comunitária (poder público, instituições sociais e particulares) que não leva a sério a dignidade da pessoa humana como valor e princípio jurídico-constitucional fundamental, não leva a sério os direitos fundamentais. (DWORKIN *apud* SARLET, 2009: 156).

A dignidade é o "coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana", o que torna imprescindível sua proteção por parte do Estado, resguardando os indivíduos de toda ordem de agressão tendente a afetar o correto funcionamento deste "órgão essencial do corpo humano", garantindo sua saúde mental e comportamental. (ROCHA, 1999: 32).

É primordial a existência, em uma ordem jurídica, de um instrumento normativo que confira carga valorativa preponderante aos direitos da pessoa humana, mormente em um Estado Democrático de Direito, que, embora não esteja imune às arbitrariedades estatais, rechaça violações de ordem física e psíquica aos cidadãos.

Maria Celina Bodin de Moraes sustenta que o fundamento da dignidade humana manifesta-se em quatro princípios jurídicos que são seus principais corolários:

- 1) Princípio da igualdade, cuja violação que enseja dano moral se traduz na prática de tratamentos discriminatórios sem fundamentação jurídica (MORAES, 2009: 90);
- 2) Princípio da Integridade física e moral (psicofísica), cuja violação contempla, além dos danos corporais, os danos psíquicos, consubstanciados nos danos causados aos direitos da personalidade (vida, nome, honra, imagem, privacidade etc.) (MORAES, 2009: 101);
- 3) Princípio da Liberdade, cuja violação estará configurada através da prática de interferências às escolhas individuais (MORAES, 2009: 107);
- 4) Princípio da Solidariedade, que, contido no princípio geral instituído pela Constituição, objetiva garantir uma existência digna em uma sociedade livre e justa, daí se dizer que a violação à solidariedade se dá quando ocorrem lesões a um grupo, como, *v. g.*, lesões no âmbito familiar, aos consumidores, ao meio ambiente (MORAES, 2009: 116-117).

## 2.2 Direitos da personalidade

A autonomia e a liberdade do ser humano para agir da forma que melhor entender é o pressuposto da dignidade propugnada pela Constituição, valor supremo da democracia que,

embora preexista ao Direito, necessita de normatização que lhe confira a devida efetividade, dela irradiando todo o sistema dos direitos fundamentais.

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana seja a base do sistema dos direitos fundamentais, que constituem desdobramentos daquele princípio (MIRANDA *apud* SARLET, 2009: 87), existe diferença quanto ao grau de vinculação dos direitos ao princípio da dignidade, existindo direitos que são expressões em primeiro grau da noção de dignidade e direitos que apenas representam projeção dela (ANDRADE *apud* SARLET, 2009: 87-88).

Kant (1980: 134-135) defende que a autonomia da vontade constitui o fundamento da dignidade da natureza humana, razão pela qual somente os seres racionais a possuem, o que o conduz a sustentar que as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade.

Em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy (2008: 356), citando o Tribunal Constitucional Federal alemão, ressalta que a norma da dignidade humana "está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade". Contudo, o princípio formal da liberdade negativa é apenas uma das condições para a garantia do princípio da dignidade humana, sendo necessária a satisfação de outros princípios materiais, como aqueles que visam a proteção dos aspectos mais íntimos do ser humano. (ALEXY, 2008: 358-359).

Assim, não se pode cogitar de liberdade e, portanto, de dignidade, em um sistema jurídico que não sobreleva a intangibilidade dos direitos inerentes à pessoa humana, tendo sido exatamente sob esta perspectiva que a Constituição Federal exaltou os valores humanos, reconhecendo o ser humano como fim precípuo da atividade estatal<sup>2</sup>, razão pela qual faz-se premente a defesa dos direitos da personalidade.

A personalidade é o conjunto de características intrínsecas ao indivíduo, que permite distingui-lo de seus pares, constituindo sua identidade. Tais características dizem respeito a aspectos que circundam a órbita da subjetividade do ser humano, traçando o perfil de sua

<sup>2</sup> Robert Alexy menciona que "a fonte jurídico-positiva mais geral de critérios substanciais é a norma da dignidade humana. Exatamente nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal afirma que 'na definição do conteúdo e da extensão do direito fundamental do art. 2°, §1°, da Constituição alemã é necessário levar em consideração que, segundo a norma fundamental do art. 1°, §1°, a dignidade da pessoa humana é inviolável e requer respeito e proteção em face de todos os poderes estatais". (ALEXY, 2008: 354).

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Robert Alexy afirma que a base do conceito de liberdade é constituída por uma relação entre o titular de uma liberdade (ou não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade. Partindo-se deste pressuposto, deve-se distinguir se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação ou apenas uma ação. Se o objeto da liberdade for uma ação, consistente em fazer o necessário ou razoável, tem-se a liberdade em seu conceito positivo. De outra sorte, se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, tem-se uma liberdade negativa, que é a liberdade jurídica, que diz respeito às possibilidades de uma pessoa fazer algo e não àquilo que ela deve fazer ou irá fazer. (ALEXY, 2008: 220-222).

honra, aqui traduzida como princípio moral e ético, conjunto de padrões valorativos que dirige a conduta moral do ser humano.

É impossível conceber a existência de uma sociedade destituída de padrões morais e éticos para pautar sua conduta. Por esta razão, o poder constituinte não eximiu da proteção constitucional os direitos da personalidade, assim entendidos como aqueles irrenunciáveis, intransmissíveis e inerentes a cada ser humano.

A vinculação entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana pode ser facilmente identificada na medida em que esta última "opera como núcleo de um direito geral de personalidade na Constituição Federal de 1988" (ROSENVALD *apud* SARLET, 2009: 95) e somente será efetivada se o Estado fornecer as bases jurídicas para a proteção daqueles direitos.

Ao proteger direitos ínsitos à personalidade do ser humano, o legislador constitucional buscou resguardar a supremacia da dignidade da pessoa humana, na qual os demais direitos humanos fundamentais encontram respaldo, tornando patente que a violação de um direito fundamental implicará ofensa à dignidade humana (SARLET, 2009: 113).

A Constituição Federal, em seu art. 5°, X, garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando a reparação pelo dano moral decorrente de sua violação. Esta garantia constitucional, alçada ao nível de direito fundamental, protege o indivíduo contra abusos tendentes a interferir em circunstâncias de sua vida pessoal capazes de causar desconforto psíquico.

Durkheim (2007: 49) assevera que "a personalidade humana é coisa sagrada; não se ousa violá-la", o que evidencia a importância da disposição constitucional do art. 5°, X, que busca preservar a subjetividade do ser humano, a sua honra, contra atos violadores praticados por quem quer que seja.

Embora a Constituição Federal cite atributos que, se lesionados, ensejam direito à indenização, não se discute mais acerca de uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, pois, a partir do princípio constitucional da dignidade, está-se diante de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana (MORAES, 2009: 117-118), representando, a personalidade, não um direito, mas um "valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua [...] exigência de tutela" (MORAES, 2009: 121). Por esta razão não há como projetar um número fechado de hipóteses tuteladas (*numerus clausus*), pois "tutelado é o valor da pessoa, sem limites" (MORAES, 2009: 121), a priori.

Assim, mesmo que não haja previsão legal específica para tutelar determinadas situações fáticas, até porque a legislação não acompanha a rápida evolução dos fatos sociais, é lícito buscar a proteção jurisdicional do Estado contra violações aos direitos da personalidade, com base no valor fundamental da dignidade da pessoa humana. "Eis a razão pela qual as hipóteses de dano moral são tão freqüentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana" (MORAES, 2009: 127).

Não importa o casuísmo da Lei, que prescreve a inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5°, X, CF), mas a existência de um princípio geral que estabelece a reparação do ultraje moral, independente do dano material. (PEREIRA, 2001: 127)

A proteção indelével à honra do ser humano tem vinculação indissociável com a dignidade da pessoa humana propugnada pela Constituição Federal e, consequentemente, com os direitos fundamentais, que constituem um dos postulados do Direito Constitucional contemporâneo.

A dignidade é uma qualidade intrínseca a todo ser humano, não sendo possível dissociá-la deste, sob pena de se preterir o postulado de proteção à pessoa humana que a Constituição Federal institui como primordial na ordem jurídica. Assim, primando por esta proteção, o ordenamento constitucional não se ocupou da pessoa humana apenas em seu aspecto físico, mas também do aspecto moral, que representa uma das facetas da dignidade do ser humano.

O valor preponderante que a Constituição Federal busca proteger — a dignidade da pessoa humana —, tem, segundo Immanuel Kant (1980: 103-162), uma qualidade peculiar e insubstituível. Para este filósofo, tudo tem um preço ou uma dignidade; quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por outra que lhe seja equivalente, contudo, quando se está diante de algo que não se pode calcular ou comparar, tem-se a dignidade. Portanto, as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade.

Da perspectiva kantiana, que confere à pessoa humana o atributo da dignidade, Sarlet (2009: 67) definiu a dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecer respeito e consideração do Estado e da comunidade, protegendo-o, através de um complexo de direitos e deveres fundamentais, contra atos de cunho degradante e desumano, e assegurando-lhe as condições necessárias para uma vida saudável, que pode ser aferida através dos parâmetros estabelecidos na Declaração de Alma-Ata.

A Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reunida em Alma-Ata, enfatiza que a saúde — o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade — é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde (OMS, 1978: 1).

Estabelecidas estas premissas basilares, pode-se criar um liame civil-constitucional entre a dignidade da pessoa humana e o direito à reparação pelo dano moral decorrente de sua violação, firmando-o como direito fundamental passível de efetiva proteção constitucional.

## 2.3 A problemática da relação dos direitos da personalidade com o dano moral

A pessoa humana, tendo a dignidade como atributo que lhe é inerente, dispõe de proteção constitucional contra quaisquer arbitrariedades que atentem contra a sua incolumidade física e moral.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que objetiva a garantia de tratamento humano e não-degradante, assegura a integridade física, mental e social do indivíduo, na perspectiva da Declaração de Alma-Ata. Isto significa uma transformação do Direito Civil, que anteriormente era balizado por valores individualistas codificados (MORAES, 2009: 74), e agora desponta visando assegurar, integralmente, os direitos da personalidade.

Para que o respeito aos direitos da personalidade seja plenamente garantido, é necessário determinar os liames da responsabilidade de cada sujeito nas relações jurídicas.

É interessante mencionar que o filósofo alemão Martin Buber (2001, *passim*) enfatizou o caráter fundamental da intersubjetividade — relação entre sujeito e sujeito ("Eu-Tu") e/ou entre sujeito e objeto ("Eu-Isso") — na constituição do ser humano, que envolve, entre outras coisas, a responsabilidade.

Para assegurar a dignidade do "eu" e do "tu", usando expressão cunhada pelo filósofo citado, é necessário que ambos disponham de proteção aos direitos da sua personalidade e se submetam aos ditames da responsabilidade. Se ambos têm direito à personalidade e, portanto, à dignidade, e esta é um valor supremo, maior do que qualquer riqueza material, torna-se imprescindível traçar reflexões sobre o dano moral, para resguardar, integral e plenamente, a dignidade de ambos os sujeitos.

Assim, na qualidade de valor fundamental, e supremo, do ordenamento constitucional, a dignidade da pessoa humana é a base jurídica para a proteção do patrimônio moral do indivíduo, erigido à categoria de direito fundamental, cuja reparação deve atender a critérios específicos que serão analisados adiante.

## 3 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL

O objetivo desta unidade é expor a noção filosófica de moral, para que se possa compreender em que consiste o dano extrapatrimonial e identificar os critérios necessários à sua reparação.

## 3.1 A ideia de moral

Cada grupo humano, a cada momento de sua história, tem um sentimento de respeito de intensidade diversa para a dignidade humana. Este sentimento, variável segundo os povos e as épocas, encontra-se na raiz do ideal moral da sociedade, dependendo de sua intensidade e da existência de um número maior ou menor de atentados contra a pessoa (DURKHEIM, 2007: 111).

As constantes transformações por que passa a sociedade trazem consigo o condão de tornar mais complexas as relações jurídicas travadas entre os particulares *versus* Estado e particulares entre si, não podendo o Direito manter-se alheio a tais mudanças.

A complexidade das relações impõe evoluções legislativas que alcancem os fatos novos, mas o Direito não é capaz de prever todas as situações que necessitam de proteção jurídica. A sociedade evolui com maior rapidez do que as normas jurídicas, todavia, o Direito deve buscar cingir o maior número de situações, permitindo que os indivíduos encontrem no arcabouço jurídico uma solução viável para a sua problemática.

Foi exatamente com o objetivo de regular as situações fáticas de forma ampla, conferindo-lhes proteção jurídica, que o instituto do dano moral surgiu. E ele vem se desenvolvendo e se consolidando ao longo dos anos, resguardando aspectos do âmago do ser humano, consubstanciados em sua moral.

O surgimento do instituto do dano moral trouxe consigo a dificuldade de estabelecer seus contornos fático-jurídicos precisos. Não há como se identificar e avaliar, de forma definitiva, um aspecto que se situa na subjetividade e individualidade. Por esta razão, antes de adentrar na seara de análise do dano moral e sua necessária reparação, deve-se dizer o que é

moral, para que se possa definir, operacionalmente, que situações atentatórias a ela reclamam a proteção do Estado.

Segundo definição inserta no Dicionário da Academia Brasileira de Letras (2008: 877), moral, em oposição ao físico e material, pertence ao domínio da consciência, do espírito — entendido como vida humana, *pneuma* (HOUAISS, 2009) —, englobando o conjunto de valores éticos que o indivíduo adquire em sua experiência diária e que lhe dirige a conduta.

Esclareça-se que a moral (*ethos*) é o fato social, a regra coercitiva que cabe obedecer, mesmo que nunca tenha sido positivada. A moral (*ethos*) é o costume. A ciência do *ethos* é a Ética (do inglês *Ethic*, do francês *l'Ethique*), parte da filosofia que investiga os princípios que motivam, distorcem, disciplinam ou orientam o comportamento humano, refletindo, especialmente, a respeito da essência das normas, valores, prescrições e exortações sociais (HOUAISS, 2009; ABBAGNANO, 1998). Portanto, a moral é a conduta. A Ética é a ciência.

Embora sejam evidentes as dificuldades de precisar o conceito de moral (*ethos*), por ter íntima correlação com a época em que é considerada e o grupo social em que está inserida, o Direito não pode se eximir de protegê-la, quando violadas as prerrogativas do espírito (ou vida humana). Isto porque os princípios morais, cuja origem é jus-racional, atualmente, integram o direito positivo (HABERMAS, 1992: 39).

Durkheim escreve que a moral se apresenta como um sistema de máximas, de regras que prescrevem condutas — ou na linguagem durkheimiana, a moral (*ethos*) é um fato social coercitivo. A moral, sendo fato social, impõe-se coercitivamente em face de comportamentos e circunstâncias determinadas (2007: 48).

Para Durkheim, existe uma moral comum, geral a todos os integrantes de uma coletividade (moral objetiva), e uma moral individual, expressa pela consciência moral de cada indivíduo, que a vê e compreende sob um ângulo diferente — moral subjetiva (2007: 52-53).

Utilizando a nomenclatura de Durkheim, que expõe a matéria de forma didática, percebe-se que a moral objetiva pode ser facilmente identificada, na medida em que considera os aspectos da época em que é avaliada, bem como da história e dos costumes sociais vigentes. Contudo, para identificar a ocorrência de um dano moral, não se pode ter em conta apenas a moral objetiva, mas, sobretudo, a moral subjetiva, pois a aferição do dano moral depende da avaliação da ofensa causada à moral da pessoa individualmente considerada.

Estes dois aspectos da moral — objetivo e subjetivo — estão claramente interligados e não podem ser desvinculados, sob pena de se prestigiar a injustiça no caso concreto, pois a

moral objetiva é o único parâmetro claro e definido de que dispõem os Tribunais para julgar as demandas postas sob sua apreciação, de acordo com as regras sociais de conduta vigentes.

Apesar de consubstanciada a moral objetiva num caso particular, as Cortes pátrias somente disporão de um paradigma para julgar se houver clara identificação da ofensa individual sofrida pela vítima do dano alegado, consistindo esta última na moral subjetiva, somente aferível na consciência humana.

Assim, enquanto a moral objetiva é construída a partir da história e evolução social, a moral individual está atrelada à consciência, à interioridade espiritual, às experiências particulares de cada indivíduo, ao conhecimento obtido ao longo de sua vida, ao juízo de valor que cada pessoa desenvolve em sua vivência com o mundo.

Explicitado no que consiste a moral, passa-se a analisar os critérios para a reparação do dano à moral do ser humano. Esclarece-se, entretanto, que a dificuldade de transmitir juízos de valor (moral subjetiva), na exata medida de sua existência, poderá ser um obstáculo para a árdua tarefa de sopesar a reparabilidade dos danos causados à moral do indivíduo.

## 3.2 O dano moral e os critérios de sua reparação

Para que se possa discutir a reparação do dano moral, é necessário, circunscrever os contornos do instituto, a fim de que se tenha a exata convicção — ou pelo menos a convicção aproximada, já que é difícil conferir contornos definitivos a um instituto interligado à subjetividade do ser humano — daquilo que estará em xeque em cada caso concreto.

Por se tratar de um instituto, como dito, diretamente vinculado a aspectos da interioridade espiritual do indivíduo, a definição do dano moral se torna uma tarefa árdua e muito complexa. Por esta razão, melhor do que envidar esforços tendentes a conceituar o dano moral, o que não traria contribuição significativa para os operadores do Direito, é estabelecer os limites éticos e comportamentais que conduzem à caracterização do dano moral. Nesta esteira, Sérgio Cavalieri (BRASIL, 1996) afirmou o seguinte, *in verbis*:

Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa ou sensibilidade exacerbada.

Destarte, estão fora da órbita do dano moral aquelas situações que, não obstante desagradáveis, são necessárias ao regular exercício de certas atividades, como a revista de passageiros nos aeroportos, o exame das malas e bagagens na alfândega,

ou a inspeção pessoal de empregados que trabalhem em setor de valores. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 8.218/95)

Com a instituição social da pessoa surge a noção de responsabilidade, que é o "dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico" (SAVATER, 2000: 149).

A responsabilidade civil, no Brasil, alcançou contornos jurídicos mais amplos com a promulgação da Constituição de 1988, que a estabelece como instrumento de preservação dos direitos da personalidade, entendidos como uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, o que deveria justificar a tendência de destacar a proteção da vítima.

O que normalmente se vislumbra é a ocorrência de danos à moral do indivíduo que não são devidamente reparados<sup>3</sup>, sob a justificativa de que não se pode permitir o enriquecimento sem causa da vítima. Entretanto, a consideração da temática sob esta ótica é equivocada, pois somente avalia o ofendido sob o aspecto financeiro, olvidando o bem que maior proteção reclama: seu patrimônio moral.

Em muitas situações, pode-se estar diante de um agressor com perfil econômico expressivo e uma vítima com perfil financeiro de menor relevância. Acatar a impossibilidade de enriquecê-la sem causa pode conduzir a uma flagrante injustiça, pois o dano sofrido poderá não ser efetivamente reparado se for levado em conta apenas o aspecto financeiro. O que se entende por justo e adequado, então, é a valoração do quanto o dano sofrido pela vítima afetou seu patrimônio de ordem moral, fazendo-o em cotejo com a conduta — dolosa ou culposa — do agressor.

Quando se trata da análise do dano moral, o operador do Direito esbarra em uma dupla dificuldade. A primeira seria identificar o quanto a moral do indivíduo foi efetivamente atingida pelo evento danoso, mormente porque a moral tem um caráter largamente subjetivo,

<sup>3</sup> Deve-se fazer uma ressalva no que toca aos crescentes e cada vez mais comuns pedidos de reparação por danos

equivaleria a *tirar a sorte grande*, pois o suposto dano representaria o passaporte para uma "nova era em sua vida e não, como deveria ser, a compensação ou tentativa de restabelecer a normalidade em seu *status* psicológico". Contudo, tais assertivas têm caráter meramente didático e elucidativo, não representando o intuito precípuo deste trabalho, que, ao contrário, busca identificar as situações que efetivamente merecem reparação, com atenção voltada para a vítima do evento danoso, esta sim credora de proteção jurídica, e não para o perfil do agressor.

*indústria do dano moral*, em que o indivíduo, ao invés atingir a ascensão socioeconômica com o fruto de seu trabalho, prestigia a ocorrência de situações das quais possa extrair uma suposta configuração de dano moral, independente da existência de dor, angústia e sofrimento capaz de interferir em seu estado psíquico. Tal situação

morais, o que tem avolumado aquilo que se convencionou denominar de "indústria do dano moral", movimentada pelo desejo deliberado de obtenção de vantagem pecuniária, desprezando o verdadeiro objetivo do instituto: a reparação de uma situação que lesionou o patrimônio moral da vítima. Esta "indústria" chega a gerar em alguns um sentimento de satisfação diante de circunstâncias que delineiam ofensa à sua honra, pois o que se vislumbra são os lucros auferidos e não a manutenção de um *status* moral que se pretendia não ver violado. Não é este tipo de situação que o Direito pretende albergar, até porque circunstâncias assim definidas não importam ofensa à dignidade da pessoa humana e, portanto, não haveria moral a ser juridicamente amparada. A profusão de demandas judiciais desta natureza, como afirmou Gouvêa, Oliveira e Fucks (2008: 68-69), tem sedimentado a

sendo produzida a partir de experiências pessoais, insuscetível de comparação com a noção de moral de outros sujeitos, cujos conhecimentos e vivências têm origem diversa.

A segunda dificuldade é vislumbrada no tocante à identificação de critérios utilizados pelos Tribunais para quantificar os danos morais, que não encerram parâmetro objetivo e tangível, deixando margem ao arbítrio do magistrado, que, assim como a vítima do dano, está carregado de experiências pessoais que lhe dirigem o entendimento acerca do conceito e da manifestação da moral.

Inobstante a ampla proteção constitucional, que garante a reparação quando atingidos direitos ínsitos à personalidade, é evidente a dificuldade de lançar critérios valorativos que sirvam de parâmetro à estipulação do *quantum* indenizatório, o que causa insegurança jurídica aos indivíduos, que ficam à mercê do posicionamento imprevisível dos magistrados.

Os critérios que vêm sendo adotados pela jurisprudência para a quantificação do dano tomam por base a dupla função da reparação: a) compensatória, objetivando compensar a vítima pelo sofrimento psíquico, e b) punitiva (preventiva, pedagógica ou exemplar), visando impedir o agressor de cometer novas violações.

Ocorre que o estabelecimento de critérios com base somente nestas funções não é suficiente para quantificar o dano efetivamente sofrido pela vítima, reparando as consequências psicológicas causadas pela agressão. Isto porque os Tribunais utilizam, como critério suplementar, as condições econômicas da vítima, com o fito de não gerar enriquecimento sem causa. Contudo, este último parâmetro não poderia sequer ser cogitado para embasar condenação em valor maior ou menor, haja vista que o estado de pobreza ou riqueza da vítima não é determinante para identificar o quanto aquela agressão atingiu sua moral e prejudicou sua *psique*.

Outro problema na análise do dano moral, identificado por Maria Celina Bodin de Moraes (2009: 37), é que os magistrados não costumam motivar com precisão suas decisões, indicando como alcançaram o valor indenizatório. Embasando-se apenas em expressões genéricas como "razoabilidade" e "bom senso", não vinculam a determinação do valor devido a uma "relação de causa e efeito, de coordenação com os fatos provados no processo, deixando sem detalhamento o percurso que levou o julgador a atribuir aquela quantia, em lugar de outra qualquer", o que viabiliza uma notória disparidade de julgamento para casos similares.

Diante da inexistência de critérios objetivos para fixar o *quantum* indenizatório, é tarefa da jurisprudência atribuir parâmetros para a estipulação de valores no caso concreto, contudo, este mister somente será cumprido se os Julgadores, olvidando o aspecto meramente

patrimonial da vítima e do agressor e a dupla função da reparação, analisarem cada caso posto à sua apreciação de forma criteriosa e individualizada, expondo as razões específicas de seu convencimento.

O objetivo precípuo desta proposta é construir, a partir de conceitos vagos, uma teoria pragmática do dano moral, conferindo feições práticas a este instituto, para que cumpra o escopo jurídico para o qual foi instituído: restaurar, monetariamente, o patrimônio subjetivo da vítima que foi ultrajado.

Por sua própria natureza, o instituto do dano moral é dicotômico, pois outorga reparação pecuniária para compensar a vítima da lesão por um dano íntimo, de caráter subjetivo que, *per si*, não se mede por padrões monetários, sendo muito espinhoso, senão impossível, o caminho da estimação do *pretium doloris* (preço da dor). Daí a dificuldade de estabelecer um valor pecuniário e fixar parâmetros que sirvam de paradigma ao Julgador, pois "seria exigir prova diabólica, querer que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo" (BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 1995).

Embora o Código Civil pátrio preceitue, em seu art. 944, que "a indenização mede-se pela extensão do dano", os juristas e operadores do Direito não dispõem de parâmetros palpáveis para densificar o dano moral, haja vista que este encerra elementos de cunho emocional, insuscetíveis de serem aferidos de forma metódica e linear.

A conceituação do dano moral que o considera apenas sob a ótica da subjetividade, das sensações, é equivocada, tornando equivocados, também, os demais aspectos da sua reparação, construídos com fundamento naquele conceito, o que gera arbitrariedades, imprevisibilidades e incertezas, que se resumem em uma palavra: injustiça (MORAES, 2009: 55). Esta vertente equivocada faz com que o dano moral não necessite de urgente proteção, mas de adequada fundamentação (MORAES, 2009: 56), para que possa ser manejado de forma coerente e refletida.

A inexistência de elementos precisos para se aferir o dano moral faz com que os julgadores o analisem como um complexo de sentimentos que somente no âmbito da subjetividade individual podem ser apropriadamente avaliados.

De toda forma, quando se busca proteção jurídica para situações causadoras de dano moral, o que se pretende tutelar, na realidade, é a dignidade da pessoa humana consagrada constitucionalmente, da qual decorre a cláusula geral de tutela da personalidade. Por isto se diz que, à luz da Constituição Federal vigente, o dano moral "nada mais é do que violação do direito à dignidade" (CAVALIERI FILHO, 2004: 94).

O dano material, enquanto passível de prova, exige a demonstração concreta do prejuízo patrimonial sofrido, contudo, o dano moral prescinde de prova, por representar lesão à personalidade da vítima, difícil de ser plenamente provada. O vilipêndio aos direitos personalíssimos da vítima já representa prova suficiente da ocorrência do dano moral, que existe *in re ipsa*. Portanto, o que fundamenta o dever de indenizar não é tão somente a situação de sofrimento, dor, vexame, angústia ou aflição, mas a situação que gera verdadeira ofensa à dignidade humana.

O que se deve ponderar para quantificar o dano moral não é apenas o quanto o evento danoso atingiu a vítima, o que não pode ser avaliado conclusivamente, mas a sua condição pessoal, esta sim auferível concretamente, e a repercussão dos fatos em sua vivência social.

O dano sofrido deve ser vislumbrado não apenas pela ótica da ilicitude do ato, mas da injustiça do dano, existindo uma mudança de perspectiva da análise do dano, que antes pautava-se no ato ilícito e agora busca considerar a avaliação do dano injusto, permitindo que se detecte danos passíveis de ressarcimento que não decorram exclusivamente da prática de um ato ilícito. O Direito contemporâneo substituiu a noção de *ato ilícito* pela de *dano injusto*, por ser este mais amplo e mais social. (MORAES, 2009: 177).

A ideia de dano injusto não é sinônima da noção de ilicitude do ato, pois o dano poderá ser injusto mesmo quando a conduta for lícita, desde que atinja a dignidade da pessoa humana, transgredindo algum dos aspectos de sua personalidade, não podendo o interesse da vítima ficar *irressarcido*.

Mesmo considerando que o agente não praticou o ato com intenção deliberada de causar dano, o objetivo da responsabilidade civil é conferir a máxima proteção à pessoa humana. Não se pode permitir que a vítima suporte os prejuízos do evento danoso somente porque o agente não teve a intenção de causar dano.

Cabe lembrar que o intuito da responsabilidade civil não se limita a reparar a lesão aos direitos da personalidade, mas possui um objetivo maior a ser perseguido: a preservação da dignidade da pessoa humana, que merece guarida contra quaisquer atos capazes de causar-lhe um "mal evidente".

ordem jurídica lhe assinala se resume numa indenização compensatória. (...) Penso que o que o constituinte brasileiro qualifica como <u>dano moral</u> é aquele dano que se pode depois neutralizar com uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora a sua própria configuração não seja material. Não é como incendiar-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> "Não é necessária uma agressão à personalidade moral do ser humano para que se configure o dano moral, sobretudo porque a consequência não é nada de tão dramático: ela é, no plano civil, mera e prosaica indenização. Não se há de exigir, no plano ético, que o dano moral seja tão grave e funesto quando a consequência que a ordem jurídica lhe assinala se resume numa indenização compensatória. (...) Penso que o que o constituinte

Sob esta perspectiva, tem-se uma ampliação da responsabilidade civil, abrindo-se o caminho para a propagação da responsabilização pela perda uma chance, teoria de origem francesa que tem conquistado espaço no Direito pátrio e será analisada no capítulo seguinte.

A análise do dano moral à luz do valor fundamental da dignidade humana conduz ao entendimento de que não apenas a violação aos direitos da personalidade induz à reparação, mas qualquer conduta que cause perturbação ou um mal evidente à dignidade.

Este novo paradigma de responsabilidade civil, cujo objetivo é resguardar a dignidade humana, influencia o critério das condições pessoais da vítima, minimizando-se os critérios que consideram suas condições econômicas ou seu nível social, pois seu caráter patrimonial não se coaduna com a noção de dignidade, essencialmente extrapatrimonial. (MORAES, 2009: 189-190).

Para fins de fixação do *quantum* indenizatório, embora o Código Civil pátrio não adote a tese da função punitiva da reparação, deve-se tomar por base, além do caráter compensatório para a vítima, propiciando-lhe expiação pecuniária da angústia, um lenitivo para a dor sofrida, o caráter punitivo para o ofensor, pois a reparação do dano moral deve atender a "uma função de justiça corretiva", conjugando "de uma só vez a natureza satisfatória e a natureza penal da indenização" (DINIZ *apud* MORAES, 2009: 221).

Além disto, não se pode olvidar a teoria do desestímulo, segundo a qual a pena pecuniária imputada ao ofensor deve ser quantificada de forma a reprimi-lo quanto à prática de novas condutas lesivas, o que delineia seu caráter preventivo e pedagógico. Assim, quando se trata de valores imateriais, atinentes, por exemplo, à dignidade da pessoa, é necessário que a responsabilidade civil assuma uma postura mais avançada, retribuindo o mal e prevenindo a prática de outras ofensas. (CORDEIRO *apud* MORAES, 2009: 222).

A teoria do desestímulo sustenta que a indenização deve alcançar um padrão capaz de atingir economicamente o ofensor, inibindo a repetição da conduta lesiva e dissuadindo-o de praticar nova violação. Em contrapartida, há quem defenda que a indenização não pode configurar enriquecimento sem causa para a vítima, tese da qual discordamos, haja vista que não é o critério econômico que deve ser sopesado, mas o dano sofrido, devendo a indenização ser quantificada de forma a reparar, efetiva e integralmente, o dano.

O aspecto financeiro a ser considerado é o do agressor, cujo patrimônio material deve ser atingido de forma relevante, desencorajando-o de causar novos danos, sob pena de não se cumprir o objetivo precípuo do instituto. A vítima não deve ser vislumbrada pelo

se um objeto ou tomar-se um bem da pessoa. É causar a ela um mal evidente..." (Grifo original) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1996).

44

aspecto financeiro, não importando se a indenização a enriquecerá, desde que o dano seja definitivamente reparado e o seu patrimônio moral seja, se não reconstruído, pelo menos restabelecido.

O grande problema encontrado pelos operadores do Direito é que as teorias sobre as quais se assentam os fundamentos da quantificação do dano moral não encontram supedâneo legal, deixando a fixação da indenização ao arbítrio do Julgador, o que pode levar a discrepâncias que dificultam uma pacificação da matéria no âmbito dos Tribunais e da doutrina, comprometendo o pragmatismo de que deve se revestir o instituto.

Mesmo não havendo critérios legais objetivos para densificar o caráter punitivo da reparação pelo dano moral, deve-se avaliar, além do nível econômico do ofensor, a gradação da culpa, o que também não evita a subsunção da hipótese ao arbítrio do Magistrado.

Embora sejam reputados razoáveis estes parâmetros de arbitramento do dano moral, Pontes de Miranda entende, em sentido diametralmente oposto ao esboçado, que a restituição almejada não pode se basear no propósito de sancionar e punir as culpas, pois o que se pretende, com a reparação, é a correção objetiva, restaurando a mesma situação patrimonial ou, por incremento do patrimônio, a mesma condição pessoal de que disporia a vítima se não houvesse sido produzido o dano, o que não se confunde com a pena. O pagamento de indenização a título punitivo representaria, portanto, clara afronta ao princípio do enriquecimento ilícito. (MIRANDA *apud* MORAES, 2009: 262-263.).

O caráter punitivo da indenização por dano moral, em uma sociedade em que se alavanca o desrespeito aos direitos alheios, é imprescindível para limitar a atuação invasiva e desrespeitosa daqueles que ainda desconsideram o antigo adágio, que assevera: 'o meu direito termina onde começa o direito do outro'. Por esta razão, é imprescindível que os agentes de condutas danosas não fiquem imunes ao aspecto punitivo da reparação do dano moral, para que sejam compelidos a respeitar os direitos e o próprio Direito.

## 3.3 A necessidade de motivação das decisões

A fixação do dano moral com base no livre e prudente arbítrio do Juiz traduz uma margem de insegurança aos indivíduos, que ficam à mercê da avaliação subjetiva do caso concreto, para que se proceda à efetiva quantificação do dano.

Contudo, embora esta sistemática apresente o inconveniente de se depender do entendimento pessoal do Magistrado, que está carregado de subjetividade e experiências

pessoais, ainda se apresenta mais adequado do que seria se existisse um tabelamento prévio do dano moral, de acordo com circunstâncias abstratamente consideradas.

O patrimônio cultural do Juiz está intrinsecamente ligado ao seu julgamento, pois a imparcialidade de que deve se revestir não pode se dissociar de suas crenças e do contexto social em que está inserido, que influem significativamente no convencimento pessoal e na valoração do caso concreto.

A propósito, Michele Taruffo (2001: 172) afirma que "o Direito não pode ser concebido como algo autônomo e destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua".

O próprio Código de Processo Civil, em seu art. 335, prescreve que "em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial", autorizando a emissão de juízos de valor pelo Magistrado, que são imprescindíveis, em nosso sistema jurídico, para a adequada identificação e quantificação do dano moral.

Contudo, a conduta que se espera dos Magistrados é a devida fundamentação de seu entendimento, motivando a decisão de modo a indicar os critérios que embasaram seu convencimento e o arbitramento do valor da indenização.

Cláudia Servilha Monteiro (2011) sustenta que "justificar a decisão judicial significa torná-la aceitável mediante a indicação de sua fundamentação jurídica", prevenindo-se a arbitrariedade através da apresentação de suas razões, o que lhe confere maior legitimidade, possibilitando a crítica e a sua revisão. Como a racionalidade jurídica da decisão judicial é exteriorizada através da justificação, a fundamentação racional deixou de ser mera "exigência técnica da dogmática das decisões judiciais para assumir a função de uma garantia da legitimidade da própria atividade judicial", operando a motivação como condição necessária ao processo democrático, viabilizando o controle interno da decisão, decorrente do direito recursal, e o controle externo, realizado pela sociedade.

Resta evidenciada, portanto, a necessidade inadiável de que os Magistrados motivem suas decisões, para que se possa consolidar os critérios para a aferição do dano moral, não sendo suficiente a menção à razoabilidade, ao bom senso e à prudência como justificadores do arbitramento do *quantum* indenizatório, embora tais critérios sejam comumente utilizados pela jurisprudência. Cite-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. VALOR INDENIZATÓRIO FIXADO PELA CORTE A QUO COM MODERAÇÃO. REFORMA DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS DA CAUSA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. [...] 3. Considerando-se que <u>a quantia fixada pelo Tribunal a quo não escapa à razoabilidade, nem se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência</u> - tendo em vista a perda precoce de um dos filhos e os danos causados à menor sobrevivente, que ficou com seqüelas permanentes a serem suportadas ao longo de sua vida -, é forçoso concluir que a pretensão de redução da verba referente aos danos morais esbarra na vedação contida na Súmula 7 do STJ, por demandar a análise do conjunto fático-probatório dos autos... (Grifo nosso) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM. MORTE EM ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. [...] 5. <u>A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso... (Grifo nosso) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010).</u>

A despeito da motivação da decisão no arbitramento da indenização por danos morais, deve-se mencionar emblemático Acórdão, proferido sob a relatoria do Juiz Nagib Slaibi Filho (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 1999)<sup>5</sup>, que, com espeque na dignidade da pessoa humana, em sede de Apelação, reformou decisão de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de reparação do dano moral, motivando, especificadamente, cada parcela atribuída à reparação do dano moral. *In verbis*:

Partindo-se da verba de cem salários mínimos – que é o paradigma para a reparação do dano moral decorrente da injusta anotação do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes –, é a mesma majorada em face dos seguintes elementos colhidos nos autos:

- mais cem salários mínimos pela relevância de ser o entrevistado pessoa de reconhecido destaque social como Carlos Heitor Cony;
- outros cem salários mínimos porque a pessoa atingida é pessoa de notoriedade pública, no caso, Carmen Mayrink Veiga;
- outros cem salários mínimos pela utilização de expressões como "perua", "feia" e "monstruosa", de maior densidade de dano quando dirigida a pessoa do sexo feminino e da faixa etária da ofendida; e
- outros cem salários mínimos pela importância que tem a revista "Playboy", editada pela recorrida, no contexto atual da comunicação social do País.
- Acolheu-se, ainda, o pedido de publicação de notícia desta condenação, cujo texto não excederá a extensão do trecho da entrevista em comento, a ser apreciado em liquidação do julgado pelo Juízo originário, que também arbitrará o veículo e o modo da divulgação, bem como a cominação pelo eventual descumprimento da obrigação de fazer.

O Código Civil não estabelece parâmetros precisos para a aferição do dano moral, o que compromete a atuação dos juristas e operadores do Direito. A inexistência de uma legislação específica, que elenque os aspectos a serem considerados para o arbitramento do dano moral, concede ao Magistrado a faculdade (e, porque não dizer, a obrigação) de utilizar

\_

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> O caso trata de ação movida por Carmen Mayrink Veiga contra a Revista Playboy, em razão de publicação de entrevista com Carlos Heitor Cony, em que este faz comentários ofensivos à honra da referida *socialite*.

seu livre convencimento, já que nenhum direito pode ser excluído da apreciação do Judiciário<sup>6</sup> sob o pálio da ausência de regulamentação.

A mudança do teor do parágrafo único do antigo art. 1.547, do Código Civil de 1916, para o atual art. 953, do Código Civil de 2002, não deixa dúvida "de que o legislador brasileiro não pretende oferecer ao juiz qualquer parâmetro, baliza, medida ou direcionamento no que toca aos valores indenizatórios para a reparação do dano moral" (MORAES, 2009: 289.), pois enquanto aquele estipula um valor para a indenização, este remete a fixação ao caso concreto, em consonância com a apreciação equitativa do magistrado.

O ponto crucial da presente discussão, em que o magistrado se pautará, é a novel perspectiva de dignidade humana como fundamento do dano moral. Ela indica que, se a dignidade da vítima foi lesionada, existe um valor supremo a ser resguardado e que deve ser ponderado quando do arbitramento da indenização, devendo a vítima receber a compensação pecuniária pelo dano moral sofrido, na exata (ou aproximada) medida de sua ocorrência.

Imprescindível, entretanto, é a motivação das decisões, para que se forme um arcabouço de entendimentos aptos a fornecer aos magistrados um direcionamento na tarefa de fixar as indenizações por dano moral.

## 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL

O objetivo desta seção é estudar a responsabilidade civil pela perda de uma chance. A ênfase é na admissão deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro e possibilidade de reparação do dano moral causado ao indivíduo em razão da supressão da oportunidade de obter um êxito esperado.

## 4.1 A admissão da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro

Explicitada a relação da reparação do dano moral com a dignidade da pessoa humana, bem como os aspectos a serem considerados para a identificação e quantificação do dano moral, passa-se a analisar a responsabilidade civil, especificamente no que concerne à perda da chance de obter êxito em determinado evento.

[...]

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance teve início através da "distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo", pois o que se busca reparar, com a utilização deste instituto, não é a própria vantagem que foi perdida, mas a perda da possibilidade de conseguir esta vantagem (SAVI, 2009: 3), devendo tal possibilidade ser real e séria (SAVI, 2009: 41).

"A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético" (CAVALIERI FILHO *apud* SAVI, 2009: 42), haja vista que a reparação do dano hipotético não é acatada pelo Código Civil brasileiro<sup>7</sup>.

O Código Civil (2002), sob expressiva influência do Código Civil francês, transpôs um sistema de responsabilidade civil similar aos sistemas da Itália e França. Estes Estados adotam uma cláusula geral de responsabilidade civil, um conceito de dano amplo, que engloba todas as espécies de dano, inclusive aquele decorrente da perda de uma chance. (SAVI, 2009: 93-94).

Assim, o Código Civil (2002) dispõe, em seu art. 186, que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", estabelecendo, no art. 927, que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Desta forma, todo e qualquer dano será passível de reparação, material e/ou moral.

A prova cabal de que o ordenamento jurídico brasileiro alberga a responsabilidade civil pela perda de uma chance reside na redação dos artigos 948 e 949, que tratam da indenização prevendo ampla reparação para a vítima do dano, nos seguintes termos:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Acrescente-se que o art. 402, do mesmo *Codex*, positiva o princípio da reparação integral, prescrevendo que "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar". Sendo assim, revela o intuito do legislador de contrabalançar o dano injustamente causado à vítima, restabelecendo, com o maior grau de completude possível, a

-

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os <u>prejuízos</u> <u>efetivos</u> e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (Grifo nosso)

integridade psicológica de que era titular antes da ocorrência do evento danoso, enfim, a sua dignidade.

Se entre os objetivos precípuos da Constituição Federal está o de preservar a dignidade da pessoa humana, como defendido nesta exposição, é impossível negar a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma oportunidade plausível de se materializar. A não ser sob pena de se transgredir os postulados do pós positivismo (BONAVIDES *apud* SAVI, 2009: 99), "como a hermenêutica principiológica, a força normativa da Constituição Federal e a necessidade de releitura dos institutos tradicionais de Direito Civil à luz da tábua axiológica constitucional" (SAVI, 2009: 99).

O foco da responsabilidade civil, que antes era apenas o ato ilícito, agora é o dano injusto. E ao invés de privilegiar a punição dos atos do agressor, valoriza a reparação do dano, convergindo-se a atenção para a vítima e não para o ofensor.

Isto fortalece a tese ora sustentada, no sentido de que a reparação do dano — que deve ser integral — engloba também a perda de uma chance, que é um dano injusto imputado àquele de quem foi suprimida a oportunidade de êxito, pois a vítima merece ver a sua dignidade resguardada.

"A menção à injustiça do dano como fundamento para a reparação civil tem a importante função de [...] permitir uma interpretação mais ampla da norma primária com o consequente aumento das hipóteses de danos ressarcíveis" (SAVI, 2009: 108), solidificando a possibilidade de reparação do dano decorrente da supressão da chance.

Se a responsabilidade civil pela perda de uma chance pressupõe uma oportunidade séria, real e viável que foi suprimida da vítima do evento danoso, então, para aplicá-la corretamente é necessário empregar os fundamentos aduzidos no capítulo anterior, analisando o dano injusto, ao invés de se limitar à ilicitude do ato, considerando a condição psicológica da vítima e a afronta ao seu patrimônio moral — de forma a resguardar sua dignidade —, bem como o perfil econômico do agressor, de modo a causar impacto em seu patrimônio material, levando-o a refletir sobre a conduta danosa e evitar atitude símile em outras situações.

Amparado nestas premissas, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (BRASIL, 2003), julgando caso em que a Caixa Econômica Federal manteve o nome do autor no cadastro de restrição ao crédito, conduta esta que o impediu de obter empréstimo para saldar dívidas, entendeu pela existência do dano moral, porém, refutou a responsabilidade pela perda de uma chance, em Recurso assim ementado:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. ARQUIVO PRIVADO. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. A simples abertura de arquivo de consumo, com anotações pessoais

sobre a pessoa do consumidor, constitui violação dos direitos fundamentais do cidadão (art. 5°, incisos X, XIV, XXXIII e LXXII da Constituição Federal). A manutenção, sem qualquer dúvida, viola muito mais, dando margem, assim, a reparação civil. Por conseguinte, a manutenção do nome do autor no órgão particular protetivo pelo apelante, como é óbvio e notório, foi a causa direta e imediata da revolta, do aborrecimento, do vexame, e do constrangimento suportados pelo autor, situações estas configuradoras do dano moral. Evidente, portanto, que o dano injusto causado a reputação subjetiva do autor, além de ter apequenado a sua dignidade, gerou, também, a dor e o sofrimento, violentando, por fim, a sua própria honorabilidade moral, vinculando o responsável ao dever de indenizar. Se, por um lado, é preciso não deixar que a invocação do ato ilícito sirva de pretexto ao enriquecimento injusto da vitima, por outro, faz-se imperioso que não se avilte de tal modo o montante da indenização do ponto de não desestimular a conduta danosa, de não impingir alguma baixa nas contas do responsável pela lesão. Consequentemente, à falta de critério objetivo ou legal, a indenização do dano moral deve fazer-se por arbitramento, com ponderação e racionalidade, levando-se em conta a natureza da lesão, as condições da vitima e o atuar ilícito do agente. Há de orientar-se o Juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, curando, quando o caso não exigir sanção pecuniária predominantemente punitiva, para que não enriqueça a vitima `a custa do injusto. Na pert d'une chance, todavia, o fato ilícito e culposo deve contribuir, de forma direta, para que outrem perca uma chance de conseguir um lucro ou de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Contudo, é necessário que a chance perdue seja real e séria, tendo-se em conta, também, na avaliação dos danos, a álea susceptível de comprometer tal chance. Deve-se ter em conta, assim, não apenas a existência do fator álea, mas também o grau dessa álea, ou seja, leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou eminente da chance de que o autor alega ter sido privado. Tratando-se de sucumbência parcial, impõe-se a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil. Sentença correta. Improvimento de ambos os recursos. (Grifo nosso)

Os exemplos em que se poderia enquadrar a responsabilidade civil pela perda de uma chance são vários, podendo-se citar o do advogado que perde um prazo de recurso, impedindo que o cliente tenha suas razões apreciadas pelo Tribunal buscando a reforma da decisão recorrida.

## 4.2 O dano moral decorrente da perda de uma chance

Objetivando a classificação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, Gisela Sampaio da Cruz (*apud* SAVI, 2009: 42-43) afirma que o dano decorrente da perda de uma chance é uma situação lesiva que "pode originar um dano patrimonial ou extrapatrimonial, a depender do interesse em jogo".

Qualquer conduta — omissiva ou comissiva —, tendente a suprimir do indivíduo a chance de obter a satisfação de sua pretensão, desde que se demonstre o caráter concreto desta oportunidade, é passível de reparação pelos danos patrimoniais decorrentes. Contudo, não é a esfera da reparação patrimonial que se pretende analisar, pois sobre esta não paira dúvidas, mas da reparação extrapatrimonial, que pode ser perfeitamente cumulada com aquela.

Sérgio Novais Dias (1999: 15), fazendo uso do exemplo mais comumente utilizado pelos doutrinadores, no caso do advogado que deixa de interpor recurso, afirma que quando não se vislumbra probabilidade de sucesso do recurso em virtude da natureza da matéria discutida, a chance considerada por si só tem valor apenas extrapatrimonial (dano moral), consistente na frustração de não ver a matéria submetida à apreciação da instância superior.

Não se adentrará na questão atinente ao cabimento da indenização pelos danos materiais, pois o objeto específico desta explanação não é analisar se a indenização decorrente da perda de uma chance se enquadra como dano material ou moral, dano emergente ou lucro cessante, a despeito de opiniões divergentes que tecem minúcias quanto a esta qualificação.

Nesta discussão, parte-se da premissa de que, sendo possível a cumulação do dano material com o dano moral, seja qual for o enquadramento conferido ao dano patrimonial, ainda assim será possível imputar ao agente da conduta danosa a reparação pelo dano extrapatrimonial.<sup>8</sup>

Desta forma, em cada caso concreto deve-se avaliar, para a efetiva configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, em seu aspecto extrapatrimonial, se a vítima foi atingida no espectro de sua personalidade, de forma a causar dano efetivo — e não apenas hipotético — à sua dignidade.

No caso da responsabilidade civil entendemos que o dano à dignidade reside no fato de ter sido suprimida da vítima do evento danoso a possibilidade de auferir a vantagem esperada, portanto, independentemente da reparação patrimonial que possa ser devida, não se pode alijar a efetiva reparação moral. Para tanto, deve-se identificar o quanto aquela vantagem era esperada pela vítima e se tal espera frustrada afetou seu patrimônio moral de forma significativa.

Deve-se ressalvar, entretanto, o entendimento de Sérgio Savi (2009: 57), que, embora acate a possibilidade de que a perda de uma chance, além de causar dano patrimonial, seja um agregador do dano moral, não admite a existência de um dano exclusivamente moral, pois "a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadram como uma subespécie de dano emergente".

Data vênia, discordamos do entendimento esposado pelo referido autor, haja vista a plena possibilidade de que uma conduta seja causadora de dano moral à vítima, atingindo atributos de sua personalidade consubstanciados em sua dignidade, independente do dano material, que pode até mesmo inexistir em determinado caso concreto.

.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> No mesmo sentido posicionam-se Sérgio Cavalieri Filho, Gisela Sampaio da Cruz e Sérgio Savi (SAVI, 2009: 57).

Exemplificando a possibilidade de dano exclusivamente moral, suponha-se, de forma meramente hipotética e didática, que uma criança nasceu com várias complicações respiratórias, resultantes de má formação, e, desde então, necessita de cuidados médicos ininterruptos, jamais tendo se desvinculado de aparelhos e medicamentos que a mantém viva.

Cientes de que existe um novo tratamento no exterior que possibilita a restauração das vias respiratórias e não dispondo de numerário para custear as despesas de forma particular, os pais buscam autorização do plano de saúde, que nega o tratamento, alegando ausência de cobertura contratual para tratamentos experimentais e/ou realizados fora da rede de médicos e estabelecimentos credenciados.

Apesar da negativa, a operadora de plano de saúde disponibiliza-se a autorizar a realização de procedimento cirúrgico com outro especialista, conveniado à rede de atendimento. Realizando o ato cirúrgico com outro profissional a criança foi a óbito.

O conhecimento era que de a nova técnica utilizada por um determinado especialista estrangeiro poderia trazer a cura à criança. Embora não se possa afirmar, com margem de absoluta certeza, que o tratamento surtiria o êxito esperado, é cabível a indenização pela expectativa frustrada em relação ao procedimento cirúrgico. Se o plano de saúde houvesse autorizado o procedimento, a criança teria uma chance, que, contudo, foi-lhe suprimida.

Neste caso, não há que se falar em dano patrimonial, pois não há como se estabelecer qualquer liame para um dano material, restando tão somente o dano moral, o grave abalo psicológico, a ofensa à sua dignidade, posta em xeque pela operadora de plano de saúde, que privilegiou disposições contratuais com motivação eminentemente financeira, em detrimento do bem maior da vida, que, ante a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, deveria ser resguardado.

No exemplo mencionado, assim como em diversas outras situações concretas que possam vir a existir, é inteiramente cabível o dano moral desvinculado de qualquer ressarcimento patrimonial.

Neste sentido, é importante mencionar que os Tribunais Estaduais entendem pela possibilidade da perda de uma chance gerar apenas danos morais. Cite-se, entre outros, os precedentes a seguir transcritos:

A perda da chance decorrente da omissão do advogado ao deixar de sanar irregularidade de representação, de modo a permitir o conhecimento do recurso de seu constituinte, constitui modalidade de dano moral indenizável. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2008).

<sup>[...]</sup> Caracterizada o defeito na prestação do serviço, exsurge o dever de indenizar. [...] In casu, o quantum indenizatório se mostra plenamente adequado, em razão da

direitos da personalidade do indivíduo, dando ensejo a dano de ordem moral e não material... (Grifo nosso) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2010)

A existência de dano patrimonial não é pressuposto para a possibilidade de indenizar o dano moral decorrente da perda de uma chance, mormente porque, com a mudança do eixo da responsabilidade civil (do ato ilícito para o dano injusto), o objetivo legal e constitucional é a reparação integral do dano. Ademais, como salienta Rafael Peteffi da Silva (2009: 232) "uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a perda desta mesma chance pode acarretar prejuízo extrapatrimonial".

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O dano moral indenizável é aquele que atinge atributos ínsitos à personalidade do ser humano, de ordem subjetiva e intangível, suplantando a esfera unicamente material.

A caracterização do dano moral, por se referir a atributos que se situam na subjetividade de cada indivíduo — moral (*ethos*) —, não é facilmente engendrada. Da mesma forma, não é simples a tarefa, que compete aos magistrados, de fixar indenização por dano moral, haja vista que eles também estão imbuídos de subjetividade, em razão da carga cultural adquirida e desenvolvida em sua experiência com o mundo.

Diante desta dificuldade, revela-se a importância da presente discussão, que constatou a necessidade de conferir maior objetividade ao instituto do dano moral, mostrando-se imprescindível que os magistrados motivem suas decisões de forma criteriosa, para auxiliar a construção jurisprudencial e orientar o trabalho do operador do Direito.

Além disto, identificou-se a tendência atual de interpretação dos institutos do Direito Civil sob a ótica constitucional, evidenciando-se que a reparação dos danos extrapatrimoniais somente será integral se estiver alicerçada no valor supremo da dignidade da pessoa humana, propugnado pela Constituição Federal de 1988.

A análise da responsabilidade civil à luz da Constituição Federal oportuniza ao operador do Direito a efetivação da justiça, pois operou-se uma mudança de perspectiva do eixo da responsabilidade civil que, fundada na dignidade da pessoa humana, deixou de enfocar a punição do culpado para se concentrar na reparação do dano causado à vítima.

Sendo a preservação da dignidade da pessoa humana o objetivo precípuo da Constituição Federal, é inegável a admissão da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro.

Este instituto é mais uma ferramenta de proteção dos direitos inerentes à personalidade do ser humano, sendo aplicado quando se está diante da supressão duma

oportunidade de obter determinada vantagem esperada, cuja possibilidade de se materializar era séria e real.

Por fim, evidenciou-se ser possível que a perda de uma chance gere danos exclusivamente extrapatrimoniais, pois o empecilho à concretização da oportunidade nem sempre ocasiona prejuízo material. Isto porque, embora não exista dano patrimonial, pode haver abalo aos atributos íntimos do indivíduo, plenamente passível de integral reparação, preservando, então, o seu bem maior: a moral, consubstanciada em sua dignidade.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/110406.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/110406.htm</a>. Acesso em: 3 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm</a>. Acesso em: 3 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. AgRg no REsp 1226968/AM. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 12 de abril de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp 1005278 / SE. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 4 de novembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 172720. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 6 de fevereiro de 1996.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Acórdão. Apelação Cível nº 194210266. Relator: Desembargador Ari Darci Wachholz. Porto Alegre, RS, 18 de abril de 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelação Cível nº 0003586-74.2009.8.19.0212. Relator: Desembargador Reinaldo P. Alberto Filho, de abril de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelação Cível nº 2003.001.16559. Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro, RJ, 22 de julho de 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Dano moral. Expressões veiculadas em entrevista publicada em revista de grande circulação nacional.

Demanda posta em face do editor. Apelação Cível nº 9.800.114.922. Relator: Juiz convocado Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro, RJ, 9 de março de 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Dano moral. Princípio da Lógica do Razoável. Apelação Cível nº 8.218/95. Relator: Desembargador Sérgio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, RJ, 12 de março de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. Apelação Cível nº 875005007. Relator: Desembargador S. Oscar Feltrin, 12 de novembro de 2008.

BUBER, Martin. Eu e Tu. 2. ed. São Paulo: Cortez & Moraes, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DURKHEIM, David Émile. Sociologia e Filosofia. São Paulo: Ícone, 2007.

GOUVÊA, Eduardo de Oliveira; OLIVEIRA, Renato Ayres Martins de; FUCKS, Sérgio Luis. **As Ações Indenizatórias nas Relações de Consumo (a problemática do dano moral)**. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica. 2002

HABERMAS, Jurgen. Direito e moral. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. Dicionário Eletrônico do Houaiss da Língua. Portuguesa. V.3.0. São Paulo: Instituto Antônio Houaiss, 2009.

KANT, Immanuel (1980). Fundamentação da Metafísica dos Costumes. **Os Pensadores**: Vol. Kant II (Trad. Paulo Quintela). São Paulo: Abril Cultural.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OMS — ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde**. Declaração de Alma-Ata. Alma-Ata, URSS, 6 a 12 de setembro de 1978. Disponível em: <a href="http://www.opas.org.br/promocao/uploadArq/Alma-Ata.pdf">http://www.opas.org.br/promocao/uploadArq/Alma-Ata.pdf</a>>. Acesso em: 30 de abril de 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Disponível em: < http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf >. Acesso em: 01.04.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAVATER, Fernando. Ética como amor-próprio (1988). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 171-204, jul./dez. 2001.