



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

KALILE CARMO CARVALHO

**A (IM)POSSIBILIDADE DO DANO EXISTENCIAL NO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador
2013

KALILE CARMO CARVALHO

**A (IM)POSSIBILIDADE DO DANO EXISTENCIAL NO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Maurício Requião

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

KALILE CARMO CARVALHO

A (IM)POSSIBILIDADE DO DANO EXISTENCIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014.

Aos meus pais por todo o amor, carinho e compreensão que dedicaram a mim durante a elaboração deste trabalho, bem como durante toda a minha vida. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus por ter me permitido concluir mais uma etapa de vida, fechando mais um ciclo com muita saúde, força e fé.

Agradeço também ao meu querido professor, orientador e amigo Maurício Requião, sem o qual esse trabalho jamais teria se realizado. Obrigado por toda a ajuda, conselhos, sugestões e tempo dedicados à mim.

Também agradeço a minha mãe, Clea Mascarenhas Carmo Carvalho e ao meu pai, Uziel Lopes Carvalho, por todo amor, carinho, compreensão, apoio e ajuda para que esse trabalho fosse desenvolvido por mim da maneira mais leve possível. Vocês são os meus exemplos e sem vocês nada disso seria possível.

Agradeço aos meus familiares (tios, primos e avós) pela compreensão da minha ausência durante o período necessário à conclusão desse trabalho.

Agradeço a todos os amigos que direta ou indiretamente fizeram parte desse trabalho, seja através de apoio moral ou de maiores contribuições, em especial à Aline Leite, Fernando Oliveira, Irene Cardoso e Juliana Costa pelos incentivos, compreensão, apoio e ombro amigo. Eu amo vocês, obrigada por estarem comigo em todos os momentos.

Por fim, não posso deixar de agradecer aos queridos funcionários da biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, por fazerem mais leves as minhas tardes dedicadas a escrever este trabalho, e pela boa vontade para atender a todas as minhas solicitações que não foram poucas e sempre com um sorriso no rosto.

RESUMO

A pessoa humana passa a ser a pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988. Diante disso se vê a necessidade de que surjam novos institutos e mecanismos para proteger o ser humano das situações que causam lesões aos seus direitos. É nesse meio que surge o dano existencial, instituto do direito italiano, através do qual se tenta ampliar ainda mais essa proteção ao ser humano, buscando sempre lhe conferir uma existência digna.

O dano existencial, como todo instituto novo no direito, gera ampla discussão sobre o seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, e a partir dessa discussão busca-se diferenciá-lo de outros tipos de danos, defini-lo e delimitá-lo como forma de responder a todos os questionamentos que este traz consigo.

Palavras-chave: dano existencial; dano; Princípio da dignidade da pessoa humana; dano moral; dano extrapatrimonial; existência.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APL	Apelação
AGRG	Agravo Regimental
art.	Artigo
arts.	Artigos
n.	Número
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DANO	13
2.1 CONCEITO E REQUISITOS DO DANO	13
2.2 ESPÉCIES	21
2.2.1 Quanto ao âmbito da lesão	23
2.2.2 Quanto às conseqüências	23
2.2.2.1 Dano patrimonial	23
2.2.2.2 Dano extrapatrimonial	28
3. DANO MORAL	35
3.1 CONCEITO	35
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	44
3.3 A TUTELA INDENIZATÓRIA DO DANO MORAL	45
4. DANO EXISTENCIAL	54
4.1 CONCEITO	54
4.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	59
4.3 ESPÉCIES	62
4.3.1 dano à vida de relação	63
4.3.2 dano ao projeto de vida	64
4.4 DANO EXISTENCIAL X OUTROS TIPOS DE DANO	65
4.4.1 dano existencial x dano moral	65
4.4.2 dano existencial x dano estético	67
4.4.3 dano existencial x dano biológico	68
4.5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO EXISTENCIAL	69
5. POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DO DANO EXISTENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	71
5.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	71
5.2 A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA E A SUA IMPORTÂNCIA NA CARACTERIZAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL	78

5.3 DANO EXISTENCIAL X A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE	80
5.4 JURISPRUDÊNCIA	81
5.5 DANO EXISTENCIAL: APLICÁVEL AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?	86
6. CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado busca discorrer sobre a possibilidade ou impossibilidade de existir, dentro do sistema jurídico brasileiro uma nova categoria de dano chamada de dano existencial.

Além de discutir sobre a possibilidade de sua aplicação, é interessante observar qual o alcance dessa nova espécie de dano e se ele poderia ser considerado como um instituto autônomo em relação às outras modalidades de dano que já são consagradas pelo ordenamento pátrio.

Para chegar até o conceito deste novo tipo de dano percorre-se todo um caminho que vai desde a conceituação do dano para a doutrina e para o código civil, seu caráter ressarcível e suas espécies até que se chegue ao dano existencial seu surgimento, alcance e aplicação.

Esta figura é extremamente interessante e há muito já vem sendo utilizada no sistema jurídico italiano, como uma maneira de configurar um dano que não atinge o patrimônio do indivíduo. Há quem defenda inclusive que o dano existencial já vem sendo aplicado também no Brasil, só que sob o manto do dano moral.

O tema gera discussão porque já haveria um instituto que abrangeria as situações que lesionam os bens jurídicos que nada tem haver com o patrimônio do indivíduo, sujeito de direito, e este seria o dano moral. De fato o limiar que separa o dano moral do dano existencial é muito tênue a primeira vista, embora um instituto não se confunda com o outro.

O dano moral é frequentemente utilizado no nosso ordenamento jurídico como sinônimo do dano extrapatrimonial, gênero do qual o dano existencial seria espécie. E essa utilização errônea acaba por confundir e prejudicar a aplicação desse instituto, dificultando o surgimento de novos danos.

Por tratar o tema abordado através de uma perspectiva existencialista do ser humano e do direito civil, esse trabalho acaba por adentrar também na dimensão da tutela da dignidade humana analisada de uma perspectiva privada do direito, prevendo a possibilidade de uma existência digna também ser objeto de lesão capaz de gerar dano, e sua conseqüente reparação.

Tendo em vista que é essa existência digna que se busca tutelar através do dano existencial, vai ser abordado também o ponto de vista da proteção civilista da dignidade humana, como consequência da constitucionalização do direito civil.

A possível incorporação do dano existencial pelo ordenamento jurídico brasileiro implicará em diversas mudanças a começar pela abrangência que esse instituto trará para o conceito de dano, já que agora passariam a figurar sob a tutela do direito civil, inúmeras situações que antes não faziam parte do seu objeto, além da interessante discussão em torno de sua autonomia.

Essa abrangência poderá trazer uma série de vantagens e desvantagens para o ordenamento jurídico brasileiro e aqui é que surge o problema que norteia toda esta pesquisa.

Logo, o tema ora discutido é de bastante relevância para o direito porque se relaciona diretamente com uma situação bem freqüente no judiciário brasileiro que são as ações de indenização por dano, seja ele extrapatrimonial ou patrimonial. Diante desse “boom” de ações indenizatórias com base no dano, seja ele qual for, a importância de se discutir a possibilidade de uma nova categoria de dano chamada de dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro consiste justamente em avaliar se essa nova categoria não contribuiria para iniciar uma verdadeira ‘indústria’ de produção de indenizações baseadas agora nesse novo dano.

Já se sabe que há uma discussão em torno da industrialização do dano moral, logo a importância do tema está em discutir se de fato o dano existencial, ao ampliar o alcance de situações no conceito de dano, não contribuiria ainda mais para esse aumento de demanda indenizatória.

Este trabalho ainda traz à baila a discussão acerca da autonomia desse dano, principalmente se seria possível uma cumulação de dano existencial com dano patrimonial e extrapatrimonial (ou moral), assim como tem permitido a jurisprudência em relação ao dano estético.

A relevância jurídica do tema está justamente em avaliar a possibilidade dessa mais nova categoria de dano se encaixar na norma e no sistema jurídico brasileiro. É importante para saber se existirá uma nova espécie de dano, e, caso a resposta seja afirmativa, que consequências ela trará para o ordenamento jurídico pátrio.

Se for possível implantar esse novo instituto no direito brasileiro, deverá ele ser estudado e aprofundado pela doutrina para que se possa designar que situações ele abrange, quais as implicações que esse novo conceito terá no direito e os seus limites.

A partir do momento em que se decidir por adotar esse novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro, teremos uma série de situações novas que antes não seriam tuteladas pelo direito civil e que gerariam a partir de agora o direito de ressarcimento. O direito precisa conhecer dessas situações e salvaguardá-las.

Portanto, não deixa de existir uma certa relevância social do tema, posto que a sociedade consiste em assegurar, a partir do momento em que se adota o dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, que sejam protegidos pelo Direito os aspectos da pessoa humana tutelados por esse dano. E com isso surgirão novas demandas, novos casos concretos, o que envolve diretamente a sociedade, maior interessada em como irá refletir a adoção desse novo conceito.

O objetivo geral desta pesquisa é chegar à conclusão se no ordenamento e na doutrina brasileira há espaço para a adoção de uma nova categoria de dano que é o dano existencial. Objetiva discutir quais os aspectos desse dano, desde seu conceito, perpassando por sua natureza ressarcível, e chegando até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, caso se conclua pela sua instituição.

A finalidade da pesquisa consiste em identificar o conceito de dano existencial; identificar as diferenças entre o dano existencial e o dano moral, tendo em vista a linha tênue que os separa; identificar a raiz do dano existencial, como surgiu, como se aplica; relacionar o conceito do dano existencial e sua abrangência com os direitos fundamentais, principalmente com a dignidade da pessoa humana; determinar a natureza jurídica do dano existencial e a partir dela identificar que situações ele abrangeria; identificar as vantagens e os problemas que essa nova categoria de dano pode gerar; apontar se o ordenamento jurídico brasileiro admite esse tipo de dano; identificar julgados que contemplem esse tipo de dano e suas conseqüências no Brasil e em outro países; determinar as conseqüências da incidência desse instituto no nosso ordenamento jurídico.

2 DANO

Há uma grande dificuldade da doutrina brasileira em definir o que seria o dano dentro do ordenamento jurídico pátrio. É de grande relevância para o Direito a conceituação deste instituto tendo em vista que é elemento essencial da responsabilidade civil, outro instituto jurídico extremamente atual e relevante, que vem sendo objeto de muitas discussões doutrinárias.

Tais discussões têm por base uma evolução histórico-social da proteção da pessoa humana que foi ao longo do tempo se perpetuando e se definindo. No Direito Brasileiro essa proteção só veio a tomar forma após a Constituição Federal de 1988. E, diante da grande importância de que goza o indivíduo atualmente, entender o que seria o dano, suas extensões e especificações tornou-se essencial para delimitar o alcance dessa proteção, que no direito civil é intrinsecamente ligada à responsabilidade civil.

2.1 CONCEITO E REQUISITOS DO DANO

Sergio Severo¹ em sua obra elenca duas teorias que surgiram para conceituar o dano. Conforme irá se perceber, a adoção de uma ou de outra teoria resulta diretamente na abrangência da proteção jurídica concedida. Veja-se.

A primeira, chamada de teoria da diferença, se basearia numa diferença patrimonial entre o patrimônio anterior à ocorrência do dano e aquele verificado após ela. Essa teoria baseia-se numa sistematização no qual o dano seria a diferença entre a situação patrimonial anterior e a posterior ao seu acontecimento. O dano, para esta teoria, seria um fenômeno físico que poderia ser representado inclusive por uma expressão algébrica. Entretanto essa lógica não seria suficiente para explicar a situação dos danos extrapatrimoniais, por exemplo, uma vez que este tipo de dano não repercute na esfera patrimonial do sujeito.²

¹SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3 e 4

²*Ibidem*, p. 5

Surge então a chamada teoria do interesse e esta conceitua o dano como uma lesão a um interesse jurídico protegido pelo ordenamento. Este conceito não deixa de ser bastante atual e utilizado amplamente pela doutrina para definir o dano, embora mereça algumas análises mais profundas. O interesse seria a posição de uma pessoa em relação a um bem susceptível de satisfazer-lhe uma necessidade. Esse interesse pode ter cunho patrimonial ou não, a depender do bem que fora lesionado. O dano, portanto, seria o negativo do interesse.³

De início então, entende-se que o dano, de forma geral, é uma lesão a um determinado bem, possua este carácter patrimonial ou não. Dessa lesão, em alguns casos, nascerá a obrigação de reparar. Esta última ressalte-se, não é uma característica inerente ao dano, pois ela só existirá diante do chamado dano ressarcível. A existência do dano é elemento imprescindível para que se configure a responsabilidade civil, mas o contrário não é verdadeiro.

O dano na linguagem vulgar seria:

Todo o prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão [...] na linguagem científica (jurídica) parte-se inicialmente duma acepção semelhante da palavra dano. É dano todo prejuízo que o sujeito de direitos sofra através da violação dos seus bens jurídicos.⁴

Há algum tempo atrás o dano era visto como uma lesão que se configuraria a partir de uma violação que refletisse apenas no patrimônio economicamente aferível do indivíduo. Essa concepção foi desconstruída, na medida em que a pessoa ganhou importância no sistema jurídico, de modo que passou a ser parâmetro também para configuração do dano. Dessa forma, o conceito de dano passou a englobar também atos que implicassem na violação dos direitos que envolvem outros aspectos do indivíduo que não o patrimônio.

Fato é que a lesão a um interesse juridicamente tutelado está intrinsecamente ligada ao conceito de dano. Mas não é o único elemento que a compõe. Para o professor Thiago Borges⁵, a lesão seria apenas uma das dimensões do dano, que teria duas. A outra estaria relacionada ao prejuízo como consequência dessa lesão, que revelaria o sentido material do dano.

³SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6.

⁴FISCHER, Hans *apud* ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p. 25.

⁵BORGES, Thiago Carvalho. *Uma reflexão sobre o dano estético*. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2012, v. 4, p.311.

Entretanto, observe-se que nem sempre a violação de um direito vai acarretar uma lesão, pois o próprio ordenamento pode, num confronto de interesses, afastar esse direito protegido que fora lesado, por conta de um direito circunstancialmente mais relevante, quando da análise do caso concreto. E é apenas observando se neste se configurou a prevalência do interesse protegido que fora lesado é que haverá um dano.⁶

Portanto, nesta análise haveria inúmeras categorias de dano pois estas são definidas em decorrência da natureza do interesse lesado do qual resulta o dano. É aqui que se inserem o dano à imagem, à honra, biológico, estético, etc.⁷

Já o outro elemento do dano seria o prejuízo, tendo em vista que este não poderia se configurar apenas a partir da lesão. Ele também seria constituído por esse outro elemento que o analisa a partir da dimensão do dano causado por essa lesão. O conceito de prejuízo está muito ligado à reparabilidade do dano, diferentemente da lesão.⁸

Doutrinadores como Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁹, por exemplo, entendem que dano é o prejuízo sofrido por um sujeito de direito em algum direito tutelado, seja de cunho patrimonial ou não. Tal prejuízo pode decorrer de uma ação ou uma omissão de um sujeito infrator. Este conceito determina que o prejuízo pode decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais) e também aos patrimoniais.

Surge uma discussão em torno do alcance dessa lesão. Há quem entenda que a essência do dano estaria na lesão da relação existente entre o bem e aquele que dele usufrui, no interesse que os liga. O dano estaria de fato na diminuição da capacidade desse bem atender às necessidades do seu titular, e não na lesão propriamente dita.¹⁰

Entretanto, essa lesão nem sempre decorre de uma conduta ilícita - associação que é comumente feita. Embora o binômio dano/ilícito seja extremamente corriqueiro, o

⁶BORGES, Thiago Carvalho. *Uma reflexão sobre o dano estético*. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2012, v. 4, p. 312

⁷*Ibidem*, *Loc. cit.*

⁸*Ibidem*, *Loc. cit.*

⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

¹⁰CRICENTI, Giuseppe *Apud* ALMEIDA NETO, Amaro Alves de *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.25

dano pode derivar de atos lícitos, pois o conceito de dano está ligado a lesão, esteja derivado ele de uma conduta proibida ou não por lei.

Nem sempre o dano irá derivar de uma ilicitude, conforme se pensou por muito tempo na doutrina tradicional. Hoje já se entende que ele pode de fato derivar de uma conduta lícita. O dano tanto pode ser decorrente de um fato ilícito com um fato lícito.¹¹ O próprio Código Civil Brasileiro, lei 10.406 de 2002, já consagrou esta possibilidade.

O aspecto ilícito do dano resta configurado no art. 186 do supracitado diploma que determina: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Complementa o sentido deste artigo, o art. 927 da mesma legislação que traz a obrigação de reparar o dano causado seja ele patrimonial ou extrapatrimonial: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O ato ilícito seria aquele que contraria as normas de direito público ou privado. O elemento comum ao fato ilícito (*lato sensu*) são a conduta humana e a contrariedade ao direito. Entretanto nem todos os atos ilícitos vão gerar dever de indenizar.¹²

Também é do próprio Código Civil que se extrai o entendimento de que os atos lícitos também podem gerar dano passíveis de reparação. Observe-se o art. 188 da legislação, que traz as hipóteses de atos que não são ilícitos:

Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

No entanto, apesar de não serem ilícitos tais atos podem violar bens jurídicos alheios, conforme previsto no art. 929¹³ do mesmo diploma, e estando presentes os outros requisitos da responsabilização, trazem o dever de reparar.

Dizer que o dano decorre de um fato lícito, é dizer que este fato gerador da responsabilidade civil é proveniente de violação permitida pelo ordenamento jurídico. Apesar de ser tolerado pelo ordenamento jurídico a lei impõe o dever de reparação por parte de quem causa esses danos. A lei nesses casos admite que o

¹¹BAPTISTA, Silvío Neves. *Teoria geral do dano*: De acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50

¹²*Ibidem*, p. 51

¹³Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

interesse predominante de um venha a se sobrepor ao interesse de outro, mas atribui ao prejudicado o poder de exigir indenização por esse ato.¹⁴

Da análise dos dispositivos mencionados resta claro que o dano, o ilícito e o dever de reparação são três institutos diferentes e independentes entre si. O dano, em que pese seja um fato jurídico em sentido estrito, não necessariamente estará relacionado ao ilícito, pois pode decorrer inclusive de condutas lícitas. Embora estejam na maioria das vezes relacionadas não podem se tornar um axioma imutável do direito o fato de que o dano sempre será decorrente de um ilícito e só aí existirá o dever de reparar.¹⁵

Entretanto, embora o dano pressuponha a lesão a um interesse resguardado pelo direito, essa não é a conclusão que se pode extrair do Código Civil Brasileiro que no supracitado art. 186 conceitua o ato ilícito como violar direito e causar dano a outrem, diferenciando, portanto, a violação de um direito do conceito de dano. Esse diploma normativo escolheu tratar como dano as conseqüências provenientes da lesão, e não a lesão propriamente dita. Ao analisar o art. 927 com o art. 186, percebe-se que para o Código Civil, o dano seria a consequência da lesão ligada com a conduta imputada como ilícita através da causalidade.¹⁶

Thiago Borges¹⁷ entende que, diferentemente do que traz o Código Civil, essa lesão de um bem juridicamente tutelado faria sim parte da totalidade da noção de dano, mas que este não se limitaria a ela, pois envolve o prejuízo que ela causa, tendo em vista que é desse elemento que decorre a obrigação de indenizar.

É uníssono o entendimento de dano está intrinsecamente relacionado com a responsabilidade, pois é pressuposto desta juntamente com o nexos causal e a conduta. Não há, portanto, responsabilidade sem dano, embora o contrário não seja verdade. Pode existir o dano sem a obrigação de reparar.¹⁸

A legislação consagra o caráter reparável do dano. Logo, diante de uma lesão patrimonial ou extrapatrimonial busca-se através da indenização restaurar o *statu*

¹⁴BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*: De acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56 e 57

¹⁵REQUIÃO, Maurício. *Inadimplemento, dano e responsabilidade*: Estudo da relação. Teses da Faculdade Baiana de Direito, Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, v.5 p. 112

¹⁶BORGES, Thiago Carvalho. *Uma reflexão sobre o dano estético*. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2012, v. 4, p. 313

¹⁷*Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁸REQUIÃO, Maurício. *Inadimplemento, dano e responsabilidade*: Estudo da relação. Teses da Faculdade Baiana de Direito, Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, v.5, p.113

quo ante. Na maioria das vezes, é bem verdade, é praticamente impossível restaurar ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Por isso, utiliza-se uma indenização monetária para compensar o dano, tendo em vista a impossibilidade de repará-lo por completo.¹⁹

A própria Constituição Federal de 1988 prevê a reparabilidade do dano por aquele que a ele deu causa em seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5º, Inciso V que assenta que: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, bem como prevê essa reparação no que trata da proteção aos direitos da personalidade em seu inciso X, do mesmo artigo: “São Invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A Magna Carta não só prevê a possibilidade de reparação do dano como também especifica que parte da vida humana, quando violada, mereceria reparação. Com isso, acaba por limitar as violações e interfere no conceito de dano indenizável, porque o restringe.

O dano indenizável é elemento principal da responsabilidade civil; é por assim dizer seu fundamento, pois é nele “que se encontra a razão e ser do dever de reparar”.²⁰ Não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de reparação se não houver dano configurado.

Para Silvio Baptista²¹ o dano poderia ser definido como fato jurídico gerador da responsabilidade civil tendo em vista que o legislador conferiu ao ofendido o direito de exigir a reparação, enquanto ao ofensor conferiu a obrigação de repará-lo.

Mas nem todo dano seria reparável. Só nasce a obrigação de reparar, de buscar restaurar ao *statu quo ante* se houver dano e se este dano for ressarcível. Para ser considerado dessa maneira o dano deve preencher os seguintes requisitos: 1) violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; 2) certeza do dano; 3) subsistência (atualidade) do dano.²²

¹⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.475.

²⁰SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 8.

²¹BAPTISTA, Silvio neves. *Teoria geral do dano: De acordo com o novo código civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 43

²²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.475.

Nas palavras de Anderson Schreiber²³, a verificação do dano ressarcível resulta da constatação de violação à área de atuação legítima de um interesse merecedor de tutela. Tal área de atuação não pode ser delimitada em abstrato, mas exige a sua concreta definição frente à conduta lesiva.

É o que se chama de dano injusto, visto que só será indenizável uma lesão a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico. Entende-se, portanto, que não será qualquer dano que será passível de ressarcimento, pois a constatação do prejuízo apenas não vai acarretar o dever de indenizar, tendo em vista que o convívio em sociedade gera certos tipos de prejuízos que devem ser suportadas por todos. Logo, o dano para ser ressarcido requer que exista um elemento fático que é o prejuízo causado e um elemento jurídico, que é essa proteção que o ordenamento jurídico confere aquele bem objeto da lesão.²⁴

Ademais, como já se verifica, esse interesse lesionado deve ser relevante para o Direito, pois há interesses que não encontram relevância jurídica de modo que o dano pode ser juridicamente relevante ou não. Logo, se o dano lesiona um interesse que não é juridicamente protegido, não será relevante a ponto de ensejar a responsabilidade civil.²⁵

A lesão é uma agressão a um interesse jurídico tutelado, seja ele material ou imaterial pertencente a um sujeito de direito. Esta lesão deve ser concreta, pois somente o dano certo, efetivo é indenizável. Um dano abstrato e hipotético não é, em regra, objeto de reparação.²⁶

Portanto, o dano ressarcível não se limita ao conceito da lesão, pois este envolve principalmente o prejuízo que ela causa, afinal é deste que decorre o dever de reparar. A outra dimensão do dano é justamente essa que traz para análise o seu caráter em relação ao prejuízo causado. Essa é a noção clássica do dano que foi trazida pelo Código Civil de 2002, tendo em vista que na seara do prejuízo o dano se divide nos tão conhecidos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. E aqui, nessa classificação, não importa qual direito foi violado, não importa o âmbito da lesão,

²³SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011 p. 187

²⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 2: Obrigações*, 7ed. Salvador: jusPODIVM, 2013, p. 624

²⁵SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.8

²⁶GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38 e 39.

mas se dela derivar um prejuízo patrimonial desta natureza será o dano, caso contrário ele será extrapatrimonial.²⁷

Inclusive, de um mesmo fato podem resultar ambos, conforme entende o STJ na súmula n. 37.²⁸

O dano, portanto, deve ser compreendido em sua dupla dimensão: uma do âmbito da lesão e a outra do âmbito do prejuízo. Este só irá se realizar em concreto quando da ocorrência de ambas as dimensões²⁹

Além de realmente ter que ser constatada uma lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito, o dano para ser ressarcido também deve ser certo. Esta é uma condição essencial do dano, tendo em vista que este tem que ser real e efetivo.³⁰

Carlos Roberto Gonçalves³¹ entende que o requisito da “certeza” do dano afasta a reparação do dano meramente hipotético ou eventual que poderá não se concretizar. Maria Helena Diniz³² lembra que a certeza do dano aqui tem a ver com a sua existência e não com a sua atualidade ou o seu montante.

Por fim, para o dano ser considerado como passível de reparação ele também deverá subsistir. Caso este já tenha sido reparado por aquele que causou a lesão, perde-se a sua exigibilidade em juízo. Então, este deve continuar a existir para que se possa buscar por meios judiciais a sua reparação.³³

Segundo Sergio Severo³⁴, “a atualidade do dano seria a lesão dos interesses de que o ofendido dispõe naquele momento sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais”

Conclui-se então que o dano é uma lesão causada a um interesse jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico do qual será titular pessoa física ou jurídica. Essa lesão, por força da Constituição Federal Brasileira de 1988 e do Código Civil Brasileiro de 2002, deverá ser reparada por aquele que a causou, de modo a buscar sempre a

²⁷BORGES, Thiago Carvalho. *Uma reflexão sobre o dano estético*. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2012, v. 4, p. 314

²⁸Súmula 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

²⁹BORGES, Thiago Carvalho. *Op. cit.* p. 315

³⁰SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, pg.9

³¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.476

³²DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, p. 82

³³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40

³⁴SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, 1996, pg.9

restauração ao *statu quo ante*, ou ao que mais dele se aproximar, desde que o dano seja considerado dano injusto. Ou seja, desde que o dano preencha os requisitos da reparabilidade, ele será passível de indenização.

Tendo em vista que algumas situações seja impossível retornar a situação anterior ao dano recorre-se a uma compensação monetária, geralmente nos casos em que a lesão se dirigir a esfera não patrimonial do sujeito. Ainda deve se observar que para ser considerado passível de reparação o dano deve ser concreto e subsistente, além de configurar de fato uma violação ao bem jurídico de outrem.

Portanto, é forçoso concluir que o dano nem sempre gerará responsabilidade, tendo em vista que, conforme afirmado anteriormente, é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Assim como não é possível afirmar que todo dano decorrerá de um ato ilícito, pois o que configura o dano não é a ilicitude da conduta praticada e sim, se em decorrência desta haverá ou não uma lesão certa e subsistente a um interesse protegido pelo direito.

Ademais, não se pode dizer que o dano é apenas a lesão. Esta é, de fato, inerente ao dano, mas não é o único aspecto que o compõe. O prejuízo constitui a outra faceta do dano, da qual decorre a obrigação de reparar, e é desse aspecto que se pode classificar o dano como patrimonial e extrapatrimonial.

2.2 ESPÉCIES

Antigamente, dividia-se as espécies de danos em materiais e morais apenas. Entretanto verificou-se posteriormente que essa nomenclatura seria insuficiente para caracterizar e abrigar todos os tipos de dano. Até porque o dano patrimonial pode derivar de uma causa moral, por exemplo.³⁵

A doutrina então, tradicionalmente, divide o dano em duas espécies: os patrimoniais e os extrapatrimoniais. Embora durante muito tempo se tenha fixado o estudo na divisão dano patrimonial – dano moral, essa dicotomia foi superada, pois, em que pesem os diplomas legais refiram-se apenas ao dano moral, hoje já se entende que

³⁵SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, pg. 37

ao utilizar esta expressão o que se quer dizer de fato é que seria um dano que extrapola a esfera patrimonial do sujeito.

Nas palavras de Almeida Neto³⁶:

O conceito de dano moral estaria melhor embutido na expressão dano psicológico ou somente dano imaterial. Sim, porque dano moral -ou melhor, dano psicológico ou imaterial é a causação de um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade grave causada a uma pessoa em consequência de um ato culposos, positivo ou omissivo de terceiro. O conceito de dano moral será mais aprofundado em tópico específico.

Quanto à reparação, tanto o dano patrimonial como o extrapatrimonial podem ser reparados por aquele que foi o causador da lesão. Inclusive após a súmula nº 37 do STJ³⁷ consagrou-se a independência absoluta da reparabilidade do dano moral em face ao dano patrimonial. A súmula possibilita que haja cumulação de indenizações de ambos as espécies de dano desde que decorrentes do mesmo fato.

Logo, da análise da própria súmula já se pode entender que o Superior Tribunal de Justiça quis possibilitar além da cumulação nas reparações dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, foi a independência desses institutos que podem decorrer do mesmo fato.

Ademais, não há dúvida de que ao tratar de dano moral na supracitada súmula, o Superior Tribunal quis na verdade referir-se ao dano extrapatrimonial, tendo em vista que esta é a nomenclatura hoje adotada pelo nosso ordenamento para se referir a todos esses tipos de danos que se referem à esfera que não atinge o patrimônio do indivíduo.

Como já dito, esta é uma nomenclatura extremamente falha, tendo em vista que ao chamar de 'danos morais' todos os danos extrapatrimoniais, acaba por ser insuficiente para abarcar todos os tipos de dano que podem afetar o indivíduo.

Para este trabalho adota-se a classificação das espécies do dano adotada pelo professor Thiago Borges³⁸, que divide o dano no âmbito da lesão, onde se encaixam os danos à imagem, dano à honra, dano à vida privada, dano estético, dano

³⁶ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p. 20.

³⁷ Súmula nº 37: "São Cumuláveis as indenizações por dano moral e material oriundos do mesmo fato"

³⁸BORGES, Thiago Carvalho. *Uma reflexão sobre o dano estético*. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2012, v. 4, p. 312-313

biológico, etc. e por outro lado, no âmbito do resultado da lesão que seria o prejuízo. Aqui o dano se dividiria em dano patrimonial ou extrapatrimonial.

2.2.1 QUANTO AO ÂMBITO DA LESÃO

Na dimensão da lesão, como já explanado, o dano só irá ocorrer se houver violação a um interesse juridicamente tutelado. Neste âmbito da lesão, tendo em vista que o dano aqui é definido de acordo com a natureza do interesse que é lesado, vai se encontrar uma gama de danos nos mais diversos aspectos do indivíduo.³⁹

Diante disso haverá uma multiplicidade de danos possíveis a exemplo do dano à honra, à intimidade, à vida privada, à liberdade de expressão, estético, etc.

2.2.2 QUANTO ÀS CONSEQUÊNCIAS DO DANO

Quanto às consequências, o dano, independentemente do bem tutelado que tenha lesionado poderá ter reflexos patrimoniais e extrapatrimoniais. Os danos extrapatrimoniais, convencionou-se no direito brasileiro chamar de danos morais também, e por conta disso geram uma grande confusão nessa discussão sobre o dano. O fato de serem classificados em danos patrimoniais e extrapatrimoniais (ou morais) não significa que estes não podem ser cumulados, conforme se convencionou através da súmula nº 37 do STJ.

2.2.2.1 Dano Patrimonial

³⁹BORGES, Thiago Carvalho. *Uma reflexão sobre o dano estético*. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2012, v. 4, p. 312-313

O dano patrimonial é o dano que viola o patrimônio do indivíduo diretamente, incluindo seus bens materiais ou até atividades a partir das quais ele possa tirar lucros e rendimentos.⁴⁰ Não há dúvida sobre o alcance dos danos patrimoniais.

É toda lesão ao patrimônio da vítima, considerando que o patrimônio seja o conjunto de relações jurídicas suscetível de valoração pecuniária.⁴¹

Difere, portanto, dos danos extrapatrimoniais justamente por conta do efeito da lesão, e não da natureza do direito violado, tanto que é possível configurar-se o dano patrimonial a partir de uma lesão a um bem não patrimonial, como um dano extrapatrimonial a partir da violação de um bem material⁴²

É a noção do conceito de patrimônio que permite a classificação do dano em patrimonial e extrapatrimonial. Patrimônio é o conjunto de direitos e deveres com valor econômico. Juridicamente falando, seria uma unidade sem corpo à qual se aplicam as normas específicas de cada grupo de direito patrimonial a que pertence. Entretanto, esse conceito jurídico não é suficiente para solucionar todas as questões que envolvem os danos patrimoniais, tendo em vista que dele deve se dissociar a noção de valor. O valor de um bem não está apenas em seu valor de troca, mas principalmente em seu valor de uso.⁴³

Logo, o dano patrimonial estaria mais relacionado aos valores positivos do patrimônio, de onde se entende que a perda de valores negativos não acarretaria um prejuízo.⁴⁴

O dano patrimonial, portanto, é uma lesão quantificável, que é possível ser aferida em pecúnia. Mas a expressão dano patrimonial não se confunde com o que se chama de dano material. O dano patrimonial não necessariamente se refere apenas a um dano causado à coisa, mas pode se configurar através de um dano à pessoa.⁴⁵

⁴⁰ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p. 17.

⁴¹BEBBER, Julio César. *Danos Extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial) – Breves Considerações*. Revista LTr, ano 73-01. São Paulo: Editora Ltda., janeiro/2009, p.26

⁴²DIAS, José de Aguiar *Apud* FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral da tutela a pessoa humana: Enfoque no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, 2013, p. 17

⁴³BAPTISTA, Silvio neves. *Teoria geral do dano: De acordo com o novo código civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003, p.80

⁴⁴*Ibidem*, p. 81

⁴⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *de Direito Civil 2: Obrigações, 7ed*. Salvador: jusPODIVM, 2013, p. 630

Para Sergio Cavaliere Filho⁴⁶ este tipo de dano abrange todos os bens e direitos inclusos nas relações jurídicas economicamente apreciáveis de um sujeito incluindo não só apenas as coisas corpóreas como também as incorpóreas. Este tipo de dano estaria ligado à efetiva diminuição do patrimônio de um indivíduo. Ademais, nem sempre este tipo de dano vai resultar de uma lesão de bens e interesses patrimoniais. A violação de bens extrapatrimoniais também poderá acarretar em um dano patrimonial, mesmo que indireto. Por exemplo, um médico que sofre difamação da mídia, pode acabar perdendo sua clientela, e essa perda configura de certa forma um dano patrimonial, embora o dano efetivamente tenha lhe atingido em sua esfera extrapatrimonial.

O Tribunal de Justiça de São Paulo acatou a definição do dano patrimonial indireto diante de um caso em que um ex-empregado ocupante de cargo em determinada empresa não teve seu nome desvinculado do cargo que nela ocupava e isso acabou por lhe dificultar a atividade profissional.

Dano moral empresa permaneceu inerte quanto à exclusão do nome do ex-empregado dos órgãos competentes como responsável por filial de agência de seguros ofensa aos direitos do autor, aos bens que integram sua intimidade, seu nome, sua imagem e liberdade laboral cabimento, por traduzir, inclusive, em dano patrimonial indireto por dificultar, de qualquer modo, a sua atividade profissional. "Quantum" indenizatório condizente com o abalo moral sofrido manutenção. Apelos improvidos.⁴⁷

Percebe-se que a decisão está em consonância com a definição anteriormente desenvolvida de que a violação que incide sobre bens que não tem cunho patrimonial (intimidade, nome, imagem e liberdade laboral), gera um dano ao patrimônio do indivíduo pois dificulta o exercício de sua atividade profissional, que é o que lhe gera dinheiro, assim como vai acontecer no caso do médico difamado.

Em contrapartida, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁸ entendem que este tipo de dano afetaria somente o patrimônio tendo em vista que é uma lesão aos bens e direitos que podem ser aferidos economicamente. Ainda segundo esses autores, o dano patrimonial pode ser analisado sobre dois aspectos: o dano emergente e os lucros cessantes.

⁴⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.78

⁴⁷SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 994.03.112944-1. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Testa Marchi, julgado em 02 de março de 2010, Data de Publicação: 08/03/2010 disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4341150>> Acesso em: 02/12/13

⁴⁸GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39 e 40

Ao analisar esses dois institutos percebe-se que o dano patrimonial pode atingir tanto a esfera do patrimônio presente do indivíduo como também o seu patrimônio futuro.⁴⁹ Veja-se.

O dano emergente seria o que efetivamente se perdeu. É um desfalque no patrimônio real e efetivo, enquanto que os lucros cessantes correspondem àquilo que o indivíduo deixou de lucrar. Ambos estão previstos pelo Código Civil Brasileiro de 2002, no art. 402⁵⁰ e são amplamente estudados pelo Direito das Obrigações.

Logo, a conceituação do dano emergente, como se pode perceber não enseja grandes discussões, pois importa no prejuízo sofrido pelo patrimônio da vítima, configurando-se na diferença de valor do bem jurídico antes e depois do dano.⁵¹

Percebe-se então que a ideia de dano emergente assemelha-se muito à supracitada teoria da diferença, que inicialmente surgiu para conceituar o dano como um todo.

De acordo com a lei civil pátria, tanto os lucros cessantes como os danos emergentes são elementos das chamadas perdas e danos.⁵²

Silvio Neves Baptista⁵³ discorda da posição da maioria dos doutrinadores que entendem que os lucros cessantes e os danos emergentes seriam apenas uma subclassificação dos danos patrimoniais, pois para ele seria perfeitamente plausível a extensão desses danos em relação aos danos extrapatrimoniais.

Não há muita discussão sobre a abrangência desses danos e a sua reparação. Há uma discussão em torno do conceito de lucros cessantes já que essa expressão tende a ser um pouco abstrata. Por lucros cessantes não se pode entender um dano patrimonial meramente hipotético, até porque para possuir o caráter indenizável o dano precisa ser certo. Os lucros cessantes tratam de um lucro que "provavelmente" ingressaria no seu patrimônio. Seria uma probabilidade objetiva.⁵⁴

⁴⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.78

⁵⁰Art. 402 do Código Civil Brasileiro: "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."

⁵¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, *Loc. cit.*

⁵²BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*: De acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86

⁵³*Ibidem*, p. 87

⁵⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *de Direito Civil 2: Obrigações*, 7ed. Salvador: jusPODIVM, 2013, p. 631 e 632

Para caracterizar os lucros cessantes, então, não é suficiente apenas a possibilidade de realização dos lucros, mas também não é exigida a certeza de que eles ocorreriam. Na verdade o que é imprescindível para que se configurem os lucros cessantes é a probabilidade objetiva.⁵⁵

O lucro cessante é a consequência futura de um fato que já ocorreu, é a perda de um ganho do qual já se nutria a expectativa, uma diminuição potencial do patrimônio da vítima. O diploma legislativo civil consagrou o princípio da razoabilidade para caracterizar o lucro cessante na medida em que diz que este será tudo aquilo que razoavelmente deixou de se lucrar.⁵⁶

Segundo Sergio Cavalieri Filho⁵⁷ será razoável tudo aquilo que for adequado, necessário e proporcional, seria o bom senso, um lucro apurado segundo um juízo de probabilidade, não sendo algo meramente hipotético. A avaliação deste dano deve ser concreta e caberá ao juiz valer-se de um juízo de razoabilidade.

Há ainda, dentro da espécie do dano patrimonial, a chamada perda de uma chance. Existe certa controvérsia sobre a existência deste dano porque o dano reparável como já foi explanado só poderá ser assim denominado se houver certeza da lesão causada. O dano meramente hipotético, fantasiado não é passível de reparação.

Este é um conceito do Direito Francês em que se diz que deve haver reparação quando alguém possuía a chance efetiva de obter alguma vantagem, mas teve esta sua pretensão frustrada porque a oportunidade esvaiu-se em razão de uma lesão.⁵⁸

Esta ocorre quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima do dano. A chance aqui seria configurada pela possibilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. Essa chance deverá ser séria e real, ou seja, aplica-se aqui também o princípio da razoabilidade.⁵⁹

⁵⁵BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*: De acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 88

⁵⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.79

⁵⁷*Ibidem*, Loc. cit.

⁵⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 2: Obrigações*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013 p.633

⁵⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81

A vantagem que se espera obter não pode ser mera suposição, embora não seja um resultado certo, a chance perdida deve ser olhada como uma perda de uma possibilidade que o indivíduo possuía de obter um resultado ou de se evitar um dano.⁶⁰

A perda de uma chance, mesmo que a princípio não esteja clara, está inserida na certeza do dano, pois o ofendido tem a sua expectativa, séria e provável, fracassada em decorrência de conduta adotada por terceiros. Esta modalidade danosa pode representar tanto a obtenção de uma vantagem esperada quanto o afastamento de uma perda. Ainda, no que concerne à perda de uma chance é essencial que esta seja plausível e não apenas uma fantasia, ela deve ser no mínimo viável e não meramente eventual.⁶¹

O lucro cessante não se confunde com a perda de uma chance, pois no lucro cessante tem-se uma probabilidade objetiva da ocorrência daquele resultado que só deixou de ocorrer por conta do dano. Já quando se trata da perda de uma chance esta expectativa é aleatória e não há uma probabilidade objetiva do prejuízo. A certeza aqui é sobre a perda da oportunidade.⁶²

Ainda assim não há dúvidas de que quando se trata de dano patrimonial, este abrange uma esfera aferível em dinheiro mesmo que nem sempre seja um dano material. A controvérsia dá-se quando se passa a tratar dos chamados danos extrapatrimoniais.

2.3.2 Danos Extrapatrimoniais

Há uma discussão quanto ao que seriam os danos extrapatrimoniais. Na verdade a discussão se dá em torno da expressão dano moral e a sua abrangência.

A legislação brasileira, ao tratar dos danos que atingem a esfera não patrimonial do indivíduo, refere-se apenas ao dano moral⁶³ e em decorrência da adoção desta

⁶⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82

⁶¹SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11,12 e 13

⁶²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. *Curso de Direito Civil 2: Obrigações*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 635

⁶³Art. 5º, Inciso V, da CF/88: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; inciso X: “São Invioláveis a intimidade, a vida

nomenclatura pode-se pensar que a única esfera da pessoa humana com merecimento de reparação seria a sua esfera moral. O dano moral seria a categoria que extrapolaria o patrimônio do indivíduo, passando a tratar agora das lesões que ultrapassem bens de valor exclusivamente econômico.

Nas palavras de Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁶⁴:

O dano poderá atingir outros bens da vítima, de cunho personalíssimo, deslocando seu estudo para a seara do denominado dano moral. Trata-se em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro.

O Código Civil e a Constituição Federal também ao tratar da reparação da lesão causada pelo dano em uma esfera não patrimonial, falam em dano moral. O que ora se discute aqui é se ao utilizar a expressão dano moral, o legislador em verdade não quis dizer dano extrapatrimonial, tendo em vista que a esfera que não é economicamente aferível do sujeito pode abranger uma série de aspectos que não exclusivamente a moral. Inclusive, a jurisprudência dos tribunais no momento de julgar alguma demanda relacionada aos danos morais, não a relacionam apenas com o aspecto da moral do sujeito e sim com as dimensões do indivíduo que possuem um caráter que ultrapassa o patrimônio.⁶⁵

Por isso, Júlio Bebbber⁶⁶ entende que a reparação do dano exclusivamente moral tem que ser interpretada no sentido de se reconhecer a existência dos danos extrapatrimoniais e a sua reparação. Este ainda fundamenta, com base nos arts. 948

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁶⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

⁶⁵AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEOPLASIA MALIGNA. TRATAMENTO. COBERTURA. NEGATIVA. DANO MORAL. CABIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência reiterada do STJ, "a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito" (REsp 657717/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 12/12/2005). 2. O valor fixado a título de indenização por dano moral, atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, encontrando-se dentro dos parâmetros reconhecidos pelo STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 418.277/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 11/11/2013). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=32357405&sReg=201303512070&sData=20131111&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 02/12/2013 – Como se pode perceber dessa decisão, o dano moral concedido aqui nada tem haver com a violação da moral do sujeito e sim com o sofrimento psicológico que passou o indivíduo ao ter a sua pretensão negada.

⁶⁶BEBBER, Julio César. *Danos Extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial)* – Breves Considerações. Revista LTr, ano 73-01. São Paulo: Editora Ltda., janeiro/2009, p. 26.

e 949 do Código Civil⁶⁷, que a lei não restringe os bens jurídicos que deveriam ser tutelados, o que lhe daria um caráter de norma aberta e que consagraria o dano extrapatrimonial para além do conceito do dano moral.

Logo, entende-se que o dano extrapatrimonial seria aquele que extrapola o patrimônio do indivíduo, e busca proteger a esfera da personalidade, incluindo aqui a dignidade humana e até mesmo a existência. O dano extrapatrimonial é a lesão de interesse sem expressão econômica, em contraposição ao dano patrimonial⁶⁸.

O dano extrapatrimonial é caracterizado quando há a impossibilidade de se aferir economicamente o interesse lesado. Logo, não seriam danos extrapatrimoniais apenas aqueles cuja consequência não podem ser mensuradas em pecúnia, mas também os danos que atingem objetos de matéria extrapatrimonial.⁶⁹

Os danos extrapatrimoniais poderiam ainda ser classificados como objetivos e subjetivos: será objetivo quando atingir interesses não econômicos que não repercutem internamente no sujeito. Já o subjetivo é aquele que importa em sofrimento psíquico ou físico a partir da violação do bem jurídico.⁷⁰

Essa identidade nos conceitos nos leva a questionar se ao falar do dano moral o legislador na verdade queria tratar de um dano extrapatrimonial. O dano moral seria uma espécie apenas deste último.

Classificar o dano extrapatrimonial como exclusivamente moral seria restringir o seu alcance apenas as lesões causadas aos direitos da personalidade. Mas há outras esferas da pessoa humana que também podem ser objeto de uma lesão decorrente da prática de uma conduta danosa e que merecem também ser objeto de reparação, através da responsabilidade civil.

É excessivamente tímido analisar os danos extrapatrimoniais apenas sob a perspectiva do dano moral, pois o direito a uma existência digna estabelecido pela

⁶⁷Art. 948 do Código Civil de 2002: 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**. (grifo nosso)

⁶⁸SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

⁶⁹FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral da tutela a pessoa humana: Enfoque no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, 2013,

⁷⁰SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, 1996, p.45

Constituição Federal exigiria uma proteção muito maior do que esta, envolvendo qualquer dano injusto, causado aos bem jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico sejam estes de cunho material ou não.⁷¹

Os danos extrapatrimoniais foram objeto de uma calorosa discussão doutrinária da qual sobrevieram correntes negativistas, positivistas e mistas acerca do seu reconhecimento e indenizabilidade. A teoria negativista era aquela que se opunha a existência dos danos extrapatrimoniais tendo em vista que não o reconheciam já que não estava previsto na legislação civil. Estes se fundamentavam em objeções que entendiam que o dano extrapatrimonial, dentre outras coisas, seria de difícil identificação, não traria certeza quando ao direito violado, e gozaria de impossibilidade jurídica de ser admitido.⁷²

Tem-se também em relação aos danos extrapatrimoniais correntes mistas quanto a sua admissibilidade. Posteriormente, restou comprovado que estas teorias nada mais eram do que teorias negativistas com outra roupagem. Pode-se citar 3 teorias mistas acerca dos danos extrapatrimoniais: 1) quando estes forem causas de dano material; 2) quando forem decorrentes de delitos criminais e 3) quando estiver diante de ofensas a determinados interesses específicos.⁷³

As teorias mistas, embora admitam a existência do dano extrapatrimonial, acabam por restringi-lo e delimitar a sua ocorrência apenas vinculado a determinados fatos ou a violação de interesses específicos. Admiti-lo nesses termos, é de certa forma uma negatória à sua admissibilidade, pois não o inclui nem o aceita no ordenamento jurídico de maneira total.

Em contraposição havia a corrente favorável que acabou prevalecendo tendo em vista que o interesse na defesa da esfera extrapatrimonial do sujeito surge num momento em que há uma tendência a se discutir o ser humano e o seu papel no planeta. No Brasil, essa concepção veio a ser positivada pela Constituição Federal de 1988.⁷⁴

Esta foi um marco na discussão sobre a admissibilidade dos danos extrapatrimoniais, consagrado em seu art. 5º, V, através da nomenclatura de dano

⁷¹BEBBER, Julio César. *Danos Extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial)* – Breves Considerações. Revista LTr, ano 73-01. São Paulo: Editora Ltda., janeiro/2009, p. 27

⁷²SEVERO, Sérgio. SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 61

⁷³*Ibidem*, p. 69

⁷⁴*Ibidem*, p. 72, 73 e 74

moral. A crítica que se faz aqui é justamente a essa escolha feita pelo legislador em escolher o termo 'moral' ao invés de extrapatrimonial. Apesar desta falha, a inclusão da reparação aos danos extrapatrimoniais feita pela Constituição Federal, ainda que sob a denominação de dano moral, consolidou a cláusula geral da tutela à pessoa humana.⁷⁵

Há uma discussão acerca do objeto tutelado pelos danos extrapatrimoniais. Duas correntes buscam identificar esse objeto a partir de um conceito negativo e outro positivo. A primeira corrente buscou identificar o dano extrapatrimonial a partir da ausência de patrimonialidade de seus efeitos, conceituando-o como um prejuízo sem conteúdo econômico. Logo, se distinguiria o dano patrimonial do extrapatrimonial pelos seus efeitos, pois os danos extrapatrimoniais não lesam o patrimônio da pessoa e sim aquela esfera que não poderia ser economicamente aferível. A crítica que se faz a essa teoria é justamente pelo fato de ela não conseguir caracterizar o dano extrapatrimonial em si.⁷⁶

A outra corrente surge para justamente encontrar um objeto específico para os danos extrapatrimoniais. Essa corrente é chamada de positiva e defende que seriam danos extrapatrimoniais as lesões aos direitos da personalidade. Apesar de dar um 'corpo' a este tipo de dano, essa teoria também ainda é insuficiente para caracterizar esses danos tendo em vista que ela restringe o seu campo de atuação.

Miguel Reale⁷⁷, diante da insuficiência dessas teorias para caracterizar os danos extrapatrimoniais, busca conciliá-las e analisa o dano extrapatrimonial sob duas perspectivas: uma objetiva e outra subjetiva. A faceta objetiva teria haver diretamente com a violação dos direitos da personalidade, enquanto que a subjetiva resultaria em sofrimento, angústia para a vítima.

Acaba-se por criar uma terceira corrente então que entende como verdadeiro objeto do dano extrapatrimonial a dignidade da pessoa humana, ou seja, a pessoa por

⁷⁵FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A Cláusula Geral da Tutela a Pessoa Humana: Enfoque no Dano Existencial, sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, 2013, p. 22 e 23

⁷⁶*Ibidem*, p. 23

⁷⁷REALE, Miguel *Apud* FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A Cláusula Geral da Tutela a Pessoa Humana: Enfoque no Dano Existencial, sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, 2013, p. 25

inteiro, é de fato o objeto de proteção do dano extrapatrimonial. Essa seria a teoria mais correta.⁷⁸

Para Kelia Ferreira e Rafael Bizelli⁷⁹, a melhor maneira de conceituar o dano extrapatrimonial seria observar esta terceira corrente, dividindo, portanto, o dano extrapatrimonial em objetivo e subjetivo. Conforme já explicitado o dano extrapatrimonial subjetivo seria a dor e o sofrimento provenientes de algum dano patrimonial ou extrapatrimonial objetivo.

Entretanto, convém aprofundar um pouco a noção do dano extrapatrimonial objetivo. Este atingiria na verdade não somente os direitos da personalidade, mas a personalidade do sujeito como um todo. Dessa forma, entende-se que os danos extrapatrimoniais objetivos abarcariam toda e qualquer ofensa a personalidade humana, incluindo não só os direitos da personalidade como também situações existenciais. Os direitos da personalidade então fariam parte da personalidade do sujeito, que não se resume a eles. Existem situações existenciais que fazem parte do que se chama de personalidade, mas não configurariam direitos personalíssimos, como por exemplo, o interesse em ser pai, conseguir um bom emprego, etc.⁸⁰

Os direitos da personalidade, portanto, estariam inclusos dentro do que se chama de personalidade humana, mas esta não se reduziria a eles. Uma violação aos direitos da personalidade configuraria um dano extrapatrimonial, mas não é o único tipo de violação que gera esse dano.

Então pode-se entender o dano extrapatrimonial como um dano bastante abrangente que acaba por proteger então outros aspectos da pessoa humana que não só são tutelados pelo direito da personalidade, mas também um aspecto existencial. Ele não pode ser restringido apenas aos direitos da personalidade, pois abarca muito mais do que isso. Ao tutelar o dano extrapatrimonial o que se busca em verdade é proteger o indivíduo nos seus mais variados aspectos que não incluem o patrimônio.

⁷⁸FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A Cláusula Geral da Tutela a Pessoa Humana: Enfoque no Dano Existencial, sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, 2013, p. 25

⁷⁹*Ibidem*, Loc. cit.

⁸⁰*Ibidem*, p. 26.

Portanto, pode-se dizer que o dano extrapatrimonial é, de fato, aquele que atinge o ser humano em uma esfera não patrimonial. Mas é muito mais do que isso, pois atinge o indivíduo na sua dignidade.

Os bens jurídicos que o dano extrapatrimonial busca proteger são insusceptíveis de uma valoração econômica, e aqui não cabem apenas os direitos da personalidade, mas uma amplitude de dimensões que envolvem o indivíduo na tentativa de buscar preservar a sua dignidade, efetivando um preceito extremamente importante e fundamental da Constituição Federal.

3 DANO MORAL

O dano moral é instituto frequente nas demandas existentes no judiciário. Em que pese tenha sido um avanço no sentido de proteção à pessoa humana em seus demasiados aspectos, a contemplação deste tipo de dano pelo ordenamento jurídico brasileiro, positivado definitivamente pela Constituição Federal de 1988, não foi adotada pelo legislador com a melhor nomenclatura, visto o que de fato o dano moral representa hoje.

Com o passar do tempo, percebeu-se que na verdade o que a legislação brasileira chamou de dano moral é muito mais amplo do que referir-se apenas à moral do indivíduo.

O que se quis proteger através da instituição do denominado 'dano moral' foi toda a esfera extrapatrimonial que envolve a pessoa humana; o ser humano por inteiro, em todos os seus aspectos.

Esta falha na nomenclatura reflete-se nessa proteção que se quer conferir à pessoa humana na medida em que não se sabe ao certo o limite que se impõe a essa proteção. Utilizar o dano moral para além do que ele significa acaba por lhe conferir um alcance a determinadas situações que nada tem a ver com a moral propriamente dita. Ao passo que também gera a discussão sobre quais situações devem ou não devem dar ensejo ao dano moral.

3.1 CONCEITO

O conceito do dano moral, para a maioria dos doutrinadores, não seria dor, desgosto, angústia, pois estes seriam estados de espírito decorrentes do dano em geral. Na verdade, para estes, ao direito caberia reparar apenas o padecimento, a dor que surge a partir da violação de um bem jurídico diante do qual se teria um interesse tutelado juridicamente.⁸¹

Anteriormente o dano moral era considerado como sentimento de angústia, aflição e desgosto causados à pessoa pela lesão derivada do ato ilícito. Hoje, essa visão é

⁸¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.491.

extremamente ultrapassada tendo em vista que primeiramente o dano nem sempre decorrerá de um ato ilícito. Embora esse tipo de dano possa trazer prejuízo patrimonial ao indivíduo, é mais comum que traga uma consequência extrapatrimonial passível de indenização tendo em vista que o ressarcimento em dinheiro seria uma espécie de compensação para aquele que teve o seu direito violado.⁸²

O entendimento que predomina é de que a quantia paga ao ofendido não tem natureza ressarcitória. Está mais para uma satisfação simbólica, pois nela predomina a ideia de pena privada.⁸³

Carlos Roberto Gonçalves⁸⁴ entende que embora o rol trazido pela Constituição Federal quanto aos bens que devem ser alvo da tutela jurídica de modo a ensejar o dano moral seja exemplificativo, o julgador não poderia se afastar dele totalmente, sob pena de que se o fizer acabará considerando o dano moral diante de situações de pequenos incômodos e desprazeres que fazem parte da vida cotidiana dando ensejo ao que se chama de demandas frívolas.

Apesar de restringir os contornos do dano moral apenas ao que diz a Constituição Federal de 1988, especificamente aos art. 5º, V e X, Carlos Roberto Gonçalves inclui nestes contornos a dignidade da pessoa humana como objeto de dano que pode dar ensejo a indenização por dano moral.⁸⁵

Posteriormente, o dano moral foi associado à dor, e não apenas física, mas também psicológica. O ponto central dessa perspectiva estaria relacionado à impressão causada pelo ato lesivo, pois o dano nada mais seria do que o efeito de algum acontecimento. Seria o dano moral um extrato psíquico que resulta da ofensa sofrida.⁸⁶

Em que pese essa não seja a maneira correta de conceituar o dano moral, conforme se perceberá ao longo deste capítulo, foi a partir da concepção da alteração do bem-estar psicofísico que começa a se perceber a agressão imaterial. Logo, isso traz à baila o entendimento de que o dano moral é muito mais do que uma mera ofensa

⁸²ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p. 20

⁸³MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.127

⁸⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.492.

⁸⁵*Ibidem*, Loc. cit.

⁸⁶*Ibidem*, p. 130 e131

desprovida de caráter patrimonial. É algo que passa a atingir o interior de cada indivíduo. A partir de então se passa a caracterizar a dor, padecimento e sofrimento como elementos inerentes do dano moral, sem os quais não haveria interesse ativo na promoção da causa.⁸⁷

Diante dessa conceituação, abre-se um leque de inúmeras situações que seriam de dano moral, tendo em vista que ao considerá-lo como uma turbação anímica levava a uma ideia de que uma ofensa a um bem seja ele patrimonial ou extrapatrimonial poderia desaguar numa angústia, dor e sofrimento. Aos adeptos dessa linha de raciocínio o dano moral estaria ligado a diminuição da subjetividade do indivíduo.⁸⁸

Entretanto essa concepção não poderá permanecer, pois nela existe uma falha. Os estados mencionados de tristeza, dor, sofrimento não podem ser o dano propriamente dito, tendo em vista que são consequências deste. A aceitação desta corrente levaria a restringir esses institutos a determinadas situações, deixando de lado, por exemplo, situações em que medir a dor ou até mesmo constatá-la se torna mais complexo, como no caso das crianças que possuem direitos que devem ser protegidos pelo instituto do dano moral.⁸⁹

Portanto, a dor e a humilhação devem ser vistas como sinais de que o indivíduo teve a sua esfera subjetiva afetada e não requisitos fundamentais para configurar o dano moral. A partir dessa desvinculação entre as dores sofridas e o dano moral, pode-se observar este instituto como uma gama muito maior de interações.⁹⁰

Tem se admitido que o dano moral seria todo o dano que atinja exclusivamente o patrimônio ideal da vítima, atingindo aos bens imateriais, cuja indenização, como já foi dito, teria somente função compensatória.⁹¹

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo é não pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Inicialmente é comum se afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da

⁸⁷RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 131

⁸⁸*Ibidem*, p. 132

⁸⁹*Ibidem*, p. 135

⁹⁰*Ibidem*, p. 137

⁹¹CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6 e 7

personalidade) violando, por exemplo a sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁹²

Para Júlio Bebbber⁹³ o dano moral compreenderia uma violação aos bens integrantes da personalidade da pessoa (bom nome, intimidade, imagem, etc.). Este teria uma repercussão na esfera íntima desta.

A partir desse momento, passa a se identificar o dano moral não mais como a sua consequência e sim de acordo com a natureza do direito agredido. A proteção do dano moral se amplia de uma forma que agora ela procura assegurar os direitos da personalidade.⁹⁴

Para Salomão Resedá⁹⁵ a personalidade é o conjunto de caracteres próprios da pessoa, tendo em vista que é ela que apóia os direitos e deveres que dela irradiam.

Nas palavras de Maria Helena Diniz⁹⁶, a personalidade:

É o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

A personalidade, nas palavras de Roxana Borges⁹⁷, vem sendo entendida como um valor jurídico, assumindo mais um caráter de princípio. Para ela a noção de personalidade hoje é diferente da definição de personalidade jurídica, que seria a capacidade de alguém de estabelecer relações jurídicas, possuindo de direitos e obrigações. A personalidade equivaleria ao conjunto de atributos humanos tais quais: liberdade, vida, honra, integridade corpórea, etc.

Então teria a personalidade relação com a dignidade humana, devendo mesmo ser considerada um princípio. Os direitos da personalidade seriam considerados essenciais à pessoa humana, buscando sempre a proteção de sua dignidade, que é cláusula geral constitucional.⁹⁸

⁹²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

⁹³BEBBER, Julio César. *Danos Extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial)* – Breves Considerações. Revista LTr, ano 73-01. São Paulo: Editora Ltda., janeiro/2009, p. 28.

⁹⁴RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 137

⁹⁵*Ibidem*. p.139

⁹⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil*. 25.ed. São Paulo: Saraiva p. 90

⁹⁷BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13

⁹⁸*Ibidem*, p. 14

Estes direitos não podem ser aceitos como elencados positivamente apenas, tendo em vista que fazem parte da essência do ser humano, por isso defende-se a ideia de que o rol apresentado pela Constituição em seu art. 5º, incisos V e X é meramente exemplificativo.⁹⁹

Keila Ferreira e Rafael Bizelli¹⁰⁰ fazem uma abordagem mais profunda desses direitos entendendo que os direitos da personalidade são e somente são de um único indivíduo, portanto, são inatos, ilimitados, absolutos, intransmissíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. Devido a sua tamanha importância, esses direitos seriam a face privada da dignidade humana, essenciais para a garantia da personalidade do homem.

Atualmente se considera os direitos da personalidade como sendo aqueles que protegem a essência da pessoa e suas principais características, possuindo como objeto os bens e valores considerados essenciais para o homem. Esses objetos representam as projeções físicas e psíquicas das pessoas, sendo tais direitos próprios do ser humano. Não é um direito à personalidade, mas sim direitos que decorrem da personalidade humana e protegem todas as suas expressões.¹⁰¹

A crítica que se faz ao voltar o conceito de danos morais apenas à proteção integral dos direitos da personalidade é a de que essa visão restringiria o alcance dos danos morais tendo em vista que existem outros que não são direitos da personalidade e que mesmo assim mereceriam a proteção conferida pelo do dano moral, pois configuram-se como danos extrapatrimoniais.¹⁰²

O dano moral não poderia se restringir a uma lesão aos direitos da personalidade, nem a um efeito extrapatrimonial da lesão de um direito subjetivo (seja ele patrimonial ou extrapatrimonial). Para Maria Celina de Moraes, o dano moral trata-se na verdade de uma violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana independente de causar-lhe um prejuízo material decorrente de uma violação de um

⁹⁹RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 140

¹⁰⁰FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A Cláusula Geral da Tutela da Pessoa Humana: Enfoque específico no Dano Existencial, sob a perspectiva Civil – Constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, ano 14, abril/junho, 2013, p. 27.

¹⁰¹BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20 e 21

¹⁰²RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009 p. 137

direito seu, ou que viole algum aspecto de sua dignidade mesmo que este ainda não seja reconhecido por uma categoria jurídica.¹⁰³

Salomão Resedá¹⁰⁴ defende que é necessária a construção da ideia de que os direitos da personalidade não devam ser considerados como limitadores, mas sim como exemplos de direitos atualmente reconhecidos. Ainda, para ele, deveriam se manter abertas as possibilidades de efetivação das defesas à personalidade humana, no sentido de não haver impedimento para reconhecer outros direitos, cujo escudo se reflete justamente na viabilidade dos danos morais.

É evidente, portanto, que a previsão legal não consegue abranger todas as situações em que o ser humano está inserido, tendo em vista que se quer em verdade proteger a pessoa plenamente, e esse entendimento leva a afirmar que a relação de direitos da personalidade consagrados pela Carta Magna de 1988 não constitui um rol taxativo.¹⁰⁵

Então não pode ser apenas a personalidade resguardada por esse instituto. Na análise da conjuntura atual da aplicação deste dano, se pode entender que o dano moral é aquele que ultrapassa a esfera patrimonial do sujeito, mas ele não se restringe apenas aos direitos da personalidade. Ele abrange inclusive a dignidade da pessoa humana, ou seja, tomando uma abrangência muito maior do que a própria Constituição Federal lhe atribui.

Para aqueles que entendem que a personalidade é expressão total da dignidade humana, o dano moral realmente poderia reduzir-se a proteger os bens relacionados aos direitos da personalidade. Mas a dignidade é bem maior do que a personalidade. Embora esta última faça parte da primeira, a dignidade é um universo extremamente vasto e ultrapassa a personalidade.

Poderia o dano moral, portanto, estar enquadrado dentro do gênero do dano extrapatrimonial, pois não atinge o patrimônio econômico do lesado, e sim uma dimensão que não é material, envolvendo desde a sua personalidade à sua dignidade.

¹⁰³MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 184

¹⁰⁴RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 119

¹⁰⁵*Ibidem*, p. 112

É perceptível que o interesse do legislador pátrio aqui não foi defender a moral ou apenas a personalidade do indivíduo ao criar o dano moral. A jurisprudência pátria não utiliza o dano moral nesse sentido.

Récio Cappelari¹⁰⁶ atenta em sua obra para insuficiência tanto da denominação quanto da categoria do 'dano moral' para tutelar todos os tipos de dano à pessoa humana que atinjam a sua esfera não patrimonial adequadamente. Mesmo sendo considerado um avanço a sua introdução e a obrigação de repará-lo ao ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, a expressão 'dano moral' não abarca a quantidade de danos que existem no mundo contemporâneo.

Diante disso seria necessária uma melhor sistematização dos danos à pessoa com a finalidade de se perceber melhor as novas modalidades de dano e também apontar critérios para que se tenha um aprimoramento da tutela da pessoa humana, pois o que há hoje é uma verdadeira ampliação do conceito do dano moral para que este se torne capaz de abarcar todas as situações.¹⁰⁷

Ao colocar o homem como centro do ordenamento jurídico, a Carta Magna fez com que tivessem que ser revistos todos os conceitos relativos ao dano moral. Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do estado Democrático de Direito Brasileiro, criou-se um verdadeiro direito subjetivo a dignidade o que deu ao dano moral uma nova feição e dimensão porque tornou essa dignidade a essência de todos os direitos relacionados à pessoa humana.¹⁰⁸

O prejuízo advindo do dano moral é direcionado a qualquer agressão à integridade da pessoa o que extrapola uma ideia de moral. Esse dano configura então uma lesão às múltiplas facetas do ser humano, e por isso a doutrina passou a chamá-las de direitos imateriais. Essa agressão é subjetiva e afeta diretamente o aspecto subjetivo e interno do ser humano.¹⁰⁹

À luz da Constituição entende-se que poderiam ser observados dois aspectos distintos no dano moral: um em sentido estrito e outro em sentido amplo. Em sentido estrito estaria o dano moral relacionado à violação do direito à dignidade. E foi

¹⁰⁶CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na Perspectiva de Repersonalização do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 125,126 e 127

¹⁰⁷ *Ibidem*, Loc. cit.

¹⁰⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.88

¹⁰⁹RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 127

justamente esse o novo enfoque trazido pela Constituição no que concerne ao dano moral. Desse modo, o dano moral não estaria relacionado a uma reação psíquica da vítima, pois pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana mesmo que não haja um sofrimento por parte da vítima.¹¹⁰

Entretanto, ainda há o sentido amplo do dano moral, cujo conteúdo está justamente nos outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente ligados à dignidade, ela envolve os diversos graus de violação dos direitos da personalidade, ainda que a dignidade não seja atingida.¹¹¹

Por conta da sua natureza extrapatrimonial, o dano moral não é susceptível a uma avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária, que é mais uma satisfação do que uma indenização.¹¹²

Keila Ferreira e Rafael Bizelli¹¹³ defendem a ideia de que o dano moral se enquadraria dentro do chamado dano extrapatrimonial subjetivo, tendo em vista que estaria, sim, intimamente ligado à faceta interna da pessoa. Seria este a expressão jurídica da dor.

Em contrapartida, Salomão Resedá¹¹⁴ entende que a dor deve ser apenas considerada como resultado da agressão, modificando a análise desse conceito não mais para se observar a consequência do ato lesivo e sim o direito que este ato lesivo atinge.

A dor, vexame, humilhação e constrangimento não poderiam conceituar juridicamente o dano moral na medida em que descrevem apenas sensações desagradáveis que se não forem decorrentes de danos que violem bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico não são sequer reparáveis. Essa concepção de que o dano moral seria a dor confunde a causa com a consequência.¹¹⁵

¹¹⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.89

¹¹¹*Ibidem*, p.90

¹¹²*Ibidem*, p. 91

¹¹³FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A Cláusula Geral da Tutela da Pessoa Humana: Enfoque específico no Dano Existencial, sob a perspectiva Civil – Constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, ano 14, abril/junho, 2013, p. 31

¹¹⁴ RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.137

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 130

Passa-se então a analisar o dano moral à luz da Constituição de 1988 que se volta para um aspecto integral da pessoa humana, principalmente no que concerne à sua dignidade:

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).¹¹⁶

Salomão Resedá¹¹⁷ salienta a nomenclatura defeituosa a que foi atribuída ao dano moral, tendo em vista que ele na verdade não quer tratar de um dano à moral, e sim de um dano que atinja a integridade da pessoa como um todo, extrapolando a ideia de moral.

A moral seria algo relacionado aos costumes, princípios e valores. Essas ideias morais seriam relacionadas aos costumes e às crenças de um indivíduo ou até mesmo de uma sociedade.¹¹⁸

A visão de que o dano moral atinge a integridade da pessoa como um todo é a posição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelos tribunais. O dano moral atualmente abarca uma série de situações que não envolvem restritivamente danos que afetem a moral do sujeito. Muito pelo contrário, hoje a sua abrangência é tanta que se discute o que seria cabível ou não neste conceito de dano moral.

O dano moral é muitas vezes utilizado pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de dano extrapatrimonial. Em verdade, ao instituí-lo como objeto jurídico o legislador teve a pretensão de ir muito além de uma proteção à moral e à personalidade como se pode perceber.

Logo, é certo que o dano moral, como é aplicado hoje, não se refere apenas à violação da moral do indivíduo, personificada pelos direitos da personalidade, mas a uma série de outros aspectos que envolvem a pessoa humana. O dano moral tem virado de certa forma um sinônimo de dano extrapatrimonial, e hoje tem uma pretensão de proteger o ser humano como um todo, em todos os seus aspectos para poder resguardar a dignidade.

¹¹⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132 e 133

¹¹⁷RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 126

¹¹⁸OLIVEIRA, Marcio Geraldo Porte de. *Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência*. 3.ed. São Paulo: LED editora de direito, 2003, p. 26

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Remontam ao Código de Hammurabi e ao Código de Manu as primeiras previsões ao que se chama de dano hoje e à sua reparação. Era comum que nessa época o dano decorresse apenas da agressão física, consagrando a reparação pela aplicação do brocardo “olho por olho, dente por dente”. Entretanto, mesmo com tal previsão, no Código de Hammurabi era previsto que, como exceção a esse direito de vingança, se indenizasse a vítima pelo dano que lhe fora causado. Essa foi a primeira demonstração à sociedade daquela época de que era possível reparar o ofendido sem que precisasse haver algum tipo de punição física ao seu ofensor.¹¹⁹

No entanto, no que diz respeito a reparação dos danos morais, a primeira menção remonta ao Direito Romano. A injúria, nesta época, era relacionada a tudo aquilo que não tivesse a cobertura do direito. Seria todo ato que ofendesse a honra e a reputação do indivíduo. Logo, percebe-se uma primeira introdução ao dano moral.¹²⁰

No direito moderno, destaca-se o Código Civil de Napoleão, que consagrou a valorização do patrimônio, deixando de lado o indivíduo. Esse diploma normativo passou a influenciar diversos outros, de onde se percebeu a propagação desse pensamento patrimonialista. Entretanto, surgiam embates doutrinários acerca do tratamento que seria dado ao dano; se ele atingiria apenas o patrimônio ou também estaria relacionado a outros tipos de dano que não necessariamente pudessem ser economicamente aferíveis.¹²¹

Ao longo do tempo, chegou-se à conclusão de que deveria se dar uma interpretação mais ampla ao dano no sentido de que ele viesse a abarcar a partir de agora todas as lesões sofridas, não importando o seu caráter. Apesar de não ter sido expressa a possibilidade de existir uma indenização por dano moral, a simples inexistência de um limite a esta possibilidade fez com que surgisse uma presunção do legislador francês em abrir a sistemática de responsabilização, mesmo que naquela época

¹¹⁹RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.77

¹²⁰*Ibidem*, p. 78

¹²¹*Ibidem*, p. 81

houvesse ainda uma maior preocupação com o patrimônio do que com a pessoa em si.¹²²

A partir da Segunda Guerra Mundial é que se foi dando uma maior importância ao dano moral, tendo em vista as inúmeras aflições que sofreram os seres humanos nesse período. Com o término da guerra, houve um movimento de amplitude mundial no sentido de proteger o ser humano, afastando a ideia inicial de que o patrimônio seria mais importante que o próprio indivíduo. O ser humano passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico como um todo e a partir daí torna-se necessário resguardar o mínimo existencial de cada pessoa, conferindo-lhe uma vida digna e respeitosa.¹²³

3.3 A TUTELA INDENIZATÓRIA DO DANO MORAL

A questão da tutela indenizatória do dano moral já foi há muito controvertida, principalmente no que diz respeito a sua cumulabilidade com o dano material.¹²⁴ Hoje essa questão encontra-se pacificada após a súmula 37 do STJ que consagrou a sua independência em relação ao dano material, prevendo a cumulatividade das indenizações decorrente desses dois tipos de dano decorrentes de um mesmo fato.

Utilizava-se antigamente o argumento de que o dano moral era inestimável para se fundamentar a negatória da sua ressarcibilidade. O pensamento que dominava à época era de que havia uma impossibilidade de reparação pelo que não era economicamente aferível. Não obstante, não se quer dizer que não eram aceitas agressões à esfera íntima das pessoas, estas eram sim identificadas mas não carecia de suporte pelo sistema civilista, não existindo portanto uma compensação ressarcitória.¹²⁵

¹²²RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 82

¹²³*Ibidem*, p. 86

¹²⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.91

¹²⁵RESEDÁ, Salomão. *Op. cit.* 2009, p. 93

Nesta época apenas o dano material era compatível com a ideia de reparação, pois o patrimônio era o que o indivíduo tinha de mais importante, levando a dignidade a figurar em segundo plano.¹²⁶

Além disso, justificava-se a irreparabilidade do dano moral utilizando-se o argumento de que era impossível aferir com equivalência o dano e o ressarcimento, tendo em vista que se buscava uma restauração do *statu quo ante*.¹²⁷

Essa concepção foi sendo modificada na medida em que se entendeu essa reparação como sendo apenas uma compensação pela dor que afligiu a vítima, tendo mais um cunho satisfatório do que uma restituição de fato. Até porque em certas situações de violação de determinados bens, é impossível o alcance a restituição de um estado equivalente ao anterior.¹²⁸

Durante muito tempo o entendimento dos tribunais pátrios era no sentido de admitir a reparação a uma ofensa moral apenas se ela estivesse ligada a uma repercussão no patrimônio do indivíduo. Entretanto, logo se percebeu que fazer este tipo de relação para se indenizar o dano moral acaba por desprezar o conceito fundamental da teoria da responsabilidade civil.¹²⁹

Em 1916 já existia amparo legal para a reparação proveniente de dano moral. O Código Civil anterior em seu art. 159 falava em “violar direito e causar prejuízo” o que já caracterizava o dano como elemento da responsabilidade civil e não fazia qualquer separação sobre a espécie de dano causado. O art. 76 do mesmo diploma legislativo dizia que para entrar com uma ação bastava a existência de um interesse moral, e daí resultava a indenizabilidade de tal interesse. Ainda cuidava da indenização por injúria e calúnia (art. 1547)¹³⁰ e também da mulher que tivera a honra agravada (art. 1548)¹³¹, hipóteses estas de dano moral.¹³²

¹²⁶RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 94

¹²⁷*Ibidem*, p. 97

¹²⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.91

¹²⁹MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 128

¹³⁰Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

¹³¹Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado: (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919) I - se, virgem e menor, for

Era bastante tímido o tratamento dado pelo Código Civil de 1916 para a responsabilidade civil, ainda mais no âmbito do dano moral. Entretanto, não fazia nenhum óbice à existência deste. Começava-se a mitigar a ideia de que não se poderia auferir em dinheiro a agressão a bens imateriais.¹³³

Essa ideia de indenização por danos morais foi surgindo aos poucos, a partir de uma mudança de concepção da sociedade brasileira, embora ainda assim fosse difícil a aceitação de um dano que viria a atingir somente o aspecto que não fosse economicamente aferível.¹³⁴

Então, mesmo se admitindo o dano moral como instituto capaz de indenizar os prejuízos decorridos de uma conduta que atinja um bem extrapatrimonial, passou-se por uma fase em que este só era admitido se não fosse cumulado com o dano material, pois se admitia a ideia de que o dano material absorvia o moral o que afastaria no caso concreto a sua reparação.¹³⁵

Existia um entrave entre ambos os danos, sendo devido apenas uma das duas formas, com vistas a evitar o enriquecimento ilícito por parte do ofendido.¹³⁶

Entretanto, logo se percebeu que existiam casos em que não era suficiente a indenização por dano material apenas, tendo em vista que esses danos tutelam dimensões diferentes da pessoa. O dano material atinge bens do patrimônio enquanto que o dano moral atinge outra esfera do sujeito.¹³⁷

Logo, entendeu-se que dano moral e material tinham efeitos distintos embora provenientes da mesma causa, e, por conta disso, não se poderia falar em absorção de um pelo outro. Daí surgiu o entendimento fixado na súmula 37 do STJ que admite a cumulação da indenização de dano moral e material, consagrando a independência definitiva do dano moral.¹³⁸

deflorada. II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.III - se for seduzida com promessas de casamento. IV - se for raptada.

¹³²CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.91.

¹³³RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 86

¹³⁴*Ibidem*, p. 104

¹³⁵CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.* 2012, p.92

¹³⁶RESEDÁ, Salomão. *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁷CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit. Loc. cit.*

¹³⁸*Ibidem*, *Loc, cit.*

Ademais, ele está expressamente consagrado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, o que corrobora ainda mais a ideia de que de fato hoje o dano moral é completamente independente do dano material.

Inclusive, apenas após a Constituição Federal de 1988 foi que o dano moral passou a ter seu pleno reconhecimento, principalmente porque trouxe a pessoa humana e a sua proteção como princípio fundamental, consagrado pelo manto da dignidade humana, conforme se depreende da leitura do art. 1º da Carta Magna.¹³⁹ Diante disso houve uma valorização do ofendido, e o dano passa a ser indenizado independentemente de seu reflexo no patrimônio do indivíduo.¹⁴⁰

Houve um verdadeiro movimento de personalização das relações jurídicas, fenômeno que não só atingiu o direito civil, mas todos os ramos do direito. Passou-se a dar uma valorização ao indivíduo, pois seus problemas deixavam de ser individuais para pertencer à coletividade, o que acabou por dar aos direitos da personalidade um caráter especial, tendo em vista que foram consagrados, ainda que em caráter exemplificativo, pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988. Foi por meio da consagração conferida pela Carta Magna a esses direitos que se buscou garantir a proteção da pessoa humana em sua essência na medida em que passou a se proteger bens e valores indispensáveis para ela.¹⁴¹

A preocupação que surge em relação ao dano moral agora é quanto a um fenômeno denominado industrialização, tendo em vista que há uma falta de critérios objetivos para caracterizá-lo. Essa ideia vem surgindo em decorrência de muitas vezes o mero aborrecimento vir a ser apresentado como dano moral, na tentativa de se obter indenizações vultuosas.¹⁴²

Depois do advento do fenômeno da Constitucionalização do direito, em que todos os ramos dessa ciência passaram a ser estudados e construídos à luz da Constituição, foi surgindo a chamada Repersonalização do Direito que levou a uma nova perspectiva quanto aos valores que permeiam a sociedade brasileira atual.

¹³⁹Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

¹⁴⁰RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.108

¹⁴¹*Ibidem*, p. 113 e 114

¹⁴²CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.92 e 93

Diante desse fenômeno as pessoas começaram a ter uma consciência maior dos seus direitos e da proteção em torno deles, não aceitando que estes fossem violados sem qualquer justificativa. Ademais, começaram a vislumbrar a possibilidade de terem alguma vantagem monetária, através da indenização, quando da violação desses direitos.¹⁴³

Por conta de existir uma certa discricionariedade no momento de identificar o que seria o dano ressarcível, a atuação das cortes tem sido no sentido de incitar uma proliferação de demanda de ressarcimentos, em conjunto com esse maior acesso e conhecimento que as pessoas vêm tendo dos seus direitos. Isso vem ocorrendo principalmente porque há esse contorno impreciso do conceito do dano extrapatrimonial.¹⁴⁴

Diante disso surge o medo de que venha a nascer no Brasil um instituto do direito chamado de “indústria do dano moral”. Esse termo representa não só a preocupação com o exponencial crescimento das ações de indenização por dano moral, mas também representa uma crítica a produção mecânica desse dano, que busca justamente a obtenção de lucro pelas pessoas através da utilização desse instituto.¹⁴⁵

No entanto, Anderson Schreiber¹⁴⁶ entende que embora essa preocupação seja válida, no Brasil, não se deve dar uma importância exacerbada a esse instituto, pois os casos de danos morais em sua maioria tem um resultado frustrante. Há casos raros em que se tem indenizações extremamente elevadas de danos imaginários.

Por outro lado há quem acredite que já se instalou no Brasil a ‘indústria do dano moral’. Thaissa Taques¹⁴⁷ diz que o judiciário estaria abarrotado de demandas morosas e isso se daria por culpa de uma massificação do ingresso de ações por danos morais infundados, o que acabou por desequilibrar o judiciário.

¹⁴³CAPPELLARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na perspectiva de repersonalização do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 105

¹⁴⁴SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011 p. 191

¹⁴⁵*Ibidem*, p. 192

¹⁴⁶*Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁴⁷TAQUES, Thaissa. *A “indústria do dano moral” – Estratégias para empresas não serem alvos de avalanches processuais*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242741776174218181901.pdf>>, Acessado em: 02/12/2013

Sobre o assunto é interessante observar o que disse o Desembargador Vicente Barroco de Vasconcellos na Apelação Cível nº 70015366263 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Não se pode estender, de forma ilimitada, o campo de atuação da norma constitucional que prevê a possibilidade de indenização do dano moral. Necessário que se tenha ele por efetivamente demonstrado, ou que se afigure evidente. Não é apenas a eventual ocorrência do ato tido por danoso que dá ensejo à reparação de dano moral, salvo situações excepcionais, como referido. E, na exata consideração de que era do autor, ora apelante, o ônus de comprovar a ocorrência do dano moral, dele não se desincumbiu, estando fadada ao insucesso a presente demanda. Há se coibir a indústria do dano moral que atualmente vem abarrotar as seções judiciárias. Há se limitar a condenação ao ressarcimento de abalo moral às espécies em que, realmente, afigure-se necessário e devido no caso concreto.¹⁴⁸

Essa industrialização pode gerar a desvalorização do dano moral, até da própria dignidade humana tendo em vista que é isso que este dano busca proteger, pois na medida em que se passa a indenizar todas as situações que chegam ao judiciário sob o manto do dano moral, acaba por, de certo modo, transformar todas as situações jurídicas não patrimoniais, em patrimoniais, tendo em vista que se dá um preço a todos esses aspectos não valorativos do ser humano.¹⁴⁹

Anderson Schreiber¹⁵⁰ propõe, diante dessa preocupação de que no Brasil venha a existir uma “indústria do dano moral”, justamente que ao invés de excluir a ressarcibilidade de diversas novas modalidades de prejuízos que possam surgir, que se propague a compreensão dos danos em si numa forma de seleção de interesses mercedores de tutela. Ainda para ele, ao reconhecer o dano como cláusula geral da reparação, buscar uma efetiva ponderação de interesses no caso concreto como um elemento imprescindível da obrigação de reparar, em conjunto com outros instrumentos tais quais: a) reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais; b) exigência de efetiva demonstração de dano; c) repressão a litigância de má fé; d)

¹⁴⁸Apelação Cível Nº 70015366263, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 07/06/2006, Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70015366263.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=TipoProcesso%3AApela%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520C%25C3%25ADvel> Acesso em 02/12/2013

¹⁴⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52/53

¹⁵⁰SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011 p. 193

rejeição ao caráter punitivo da reparação.¹⁵¹ Todo esse conjunto levaria a um verdadeiro embargo as demandas de bagatela evitando que essa indústria tão perniciosa ao ordenamento jurídico ganhe força, sem contudo embargar o nascimento e a tutela de novos tipos de lesões que também merecem a proteção pelo ordenamento.

Sergio Cavaliere Filho¹⁵² diz que neste caso cumpre ao juiz seguir a lógica do razoável, utilizando sempre as regras da boa prudência, bom-senso prático e criteriosa ponderação das realidades da vida, tomando como parâmetro para essa ponderação o homem médio.

Como o dano moral é uma lesão à dignidade humana, não é qualquer contrariedade que irá configurá-lo. Diante disso não é a dor, vexame ou sofrimento que irá configurá-lo. Essas são as conseqüências e não a causa. Este só será associado a esses elementos quando essa humilhação interfira tão intensamente no comportamento psicológico do indivíduo que venha até a desequilibrar o seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa e irritação não são propriedade do dano moral, pois fazem parte da normalidade do nosso dia-a-dia e aceitá-las como elemento do dano moral acabaria por banalizar esse instituto, pois daria ensejo ao ajuizamento de ações pelos motivos mais banais.¹⁵³

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁵⁴ expõe a ideia de que o ressarcimento do dano moral teria um duplo aspecto: um com o caráter compensatório já discutido e que tenta confortar a vítima pelo dano sofrido, e um outro que seria o caráter punitivo que busca conferir ao ofensor uma penalidade exemplar.

Esse caráter punitivo da reparação do dano moral tem o intuito de desestimular condutas ilícitas e anti-sociais, o que leva a gerar indenizações ainda mais altas. Isso decorre da falta de critérios objetivos para caracterizar e quantificar o dano moral no caso concreto, o que acaba por atribuir ao dano as duas funções supracitadas (compensatória e punitiva). A primeira serve ao ressarcimento da vítima pelos danos sofridos e a segunda busca desestimular a ocorrência do ato

¹⁵¹SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011 p. 193

¹⁵²CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93

¹⁵³*Ibidem, loc. cit.*

¹⁵⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219

danoso através de uma indenização mais alta partindo de uma análise das condições econômicas das partes e do grau de culpa do ofensor.¹⁵⁵

Os danos punitivos (*Punitive Damages*) referem-se a indenizações determinadas por um tribunal contra um acusado que praticou um ato de natureza maliciosa, odiosa. Mas essa indenização aqui tem a função de imputar ao sujeito não só a necessidade de responder pelos prejuízos que causou como também tem a obrigação de pagar um valor majorado que tem o intuito de sancionar o réu. Além da censura, aos *punitive damages* está associada a ideia de desestímulo.¹⁵⁶

Para Mirna Cianci¹⁵⁷ o aspecto punitivo teria relação com um sentido pedagógico da indenização, com vistas a inibir o ofensor e evitar a reincidência. Entretanto para esta autora esse acréscimo na indenização com vistas a inibir a reincidência do indivíduo não poderia prevalecer porque o seu pressuposto não diz respeito direto ao dano que sofreu a vítima e também afastaria o princípio do *restitutio in integrum* que domina o tema de reparação do dano.

Já há um reconhecimento da doutrina no sentido de se aplicar ao Direito Brasileiro o instituto do *punitive damages*, e este surge a partir de uma mudança do paradigma da responsabilidade civil atendendo aos objetivos da prevenção e da punição.¹⁵⁸

Nessa linha Thiago Borges¹⁵⁹ diz que no sistema brasileiro de responsabilidade civil, em verdade, os *punitive damages* seriam aplicados como um misto de tutela inibitória e tutela punitiva. Para sua aplicação seria necessária a observância de dois critérios, que são: as condições pessoais e econômicas das partes e o desestímulo a repetição, buscando evitar no enriquecimento sem causa do indivíduo ofendido.

É admitida então a aplicação dos danos punitivos ao dano moral no momento de fixar o *quantum* que deve o ofensor pagar a vítima em decorrência da lesão que lhe causou, desde que observados os critérios elencados.

¹⁵⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31

¹⁵⁶RESEDÁ, Salomão. *A função Social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 222 e 223

¹⁵⁷CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.11.

¹⁵⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.106

¹⁵⁹BORGES, Thiago. *Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro*. Teses da Faculdade Baiana de Direito, Salvador, v. 2, 2010 p. 433

Então, é perceptível o avanço que percorreu a tutela indenizatória do dano moral ao longo do tempo. A medida em que o seu próprio conceito foi se modificando e evoluindo, também assim o foram as maneiras de indenizar, buscando sempre reparar a vítima da melhor forma possível, sem, contudo ultrapassar os limites do que se julga razoável, para não configurar o enriquecimento sem causa.

Desde uma compensação até uma punição, o que se busca através da tutela indenizatória é reduzir os danos, evitá-los e na medida do possível compensá-los. Essa ideia apenas reforça o entendimento de que tanto o dano moral quanto as forma de repará-lo perseguem essa proteção ao indivíduo, buscando sempre resguardá-lo da melhor forma em todos os seus aspectos.

4 DANO EXISTENCIAL

O dano existencial é um instituto inovador que busca ampliar o horizonte jurídico do instituto do dano na medida em que traz para este um novo aspecto do âmbito da lesão. Entretanto, ainda é um instituto timidamente aplicado pelo judiciário brasileiro, muitas vezes até aplicado sob a forma de dano moral.

Não há um reconhecimento do dano existencial ainda. O que existe na verdade é uma discussão em torno do seu conceito, da sua aplicação e da sua autonomia diante dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

É importante então definir os contornos dessa nova categoria de dano para ver se é possível aplicá-la ao direito brasileiro de forma autônoma, e se assim for de que forma será feita essa aplicação. Antes de se chegar a essa discussão, objeto deste trabalho, é necessário primeiro observar o conceito desse instituto e em que contexto histórico ele surgiu.

4.1 CONCEITO

Para proteger os variados aspectos da pessoa humana surge uma nova categoria de dano, consagrada pela doutrina estrangeira, principalmente pela italiana, que seria o chamado dano existencial. No Brasil, não há previsão legal para esse instituto, embora se discuta sobre a sua aplicação e adaptação ao ordenamento jurídico pátrio.

Flaviana Soares¹⁶⁰ conceitua o dano existencial como: "uma lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social."

Seria, ainda em suas palavras, uma alteração significativa na qualidade de vida do indivíduo, pois a partir desta lesão ele terá que agir de outra maneira, não vai mais

¹⁶⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.44.

poder atuar da forma que atuava antes em relação àquela determinada situação, de forma que isso venha a afetar sua existência.¹⁶¹

A pessoa humana é ser que se projeta para fora de si, evolui e desenvolve na coexistência social diária, em meio às diversas situações do cotidiano, e em alguns casos podem haver situações que venham a inviabilizar o seu projeto de vida, seu projeto de cunho existencial e suas relações intersubjetivas, e é então que se configura o dano existencial.¹⁶²

O dano existencial causa uma espécie de frustração no projeto de vida do ser humano e o coloca numa situação em que este sente-se inferior comparada com aquela em que estava antes de sofrer o dano. Essa espécie de dano ofende a dignidade da pessoa anulando um desejo legítimo.¹⁶³

Ao mesmo tempo em que frustra o projeto de vida, os objetivos e ideais futuros da pessoa, também pode prejudicar de forma considerável o ser humano na convivência com seus pares, o que caracteriza a chamada vida de relação, tendo em vista que afeta os campos de socialização do ser humano, envolvendo as relações familiares, religiosas, afetivas, educativas, etc.¹⁶⁴

É um dano à saudável existência, à normal rotina, ao cotidiano comum da pessoa. Nas palavras de Keila Ferreira e Rafael Bizelli¹⁶⁵ o dano existencial estará configurado quando se alterar o modo como a pessoa fazia determinada atividade usual ou quando esta se tornar impedida de assim o fazer. A constatação da indesejada alteração no cotidiano da pessoa é simplesmente objetiva.

Logo, segundo Flaviana Soares¹⁶⁶:

O dano existencial seria uma limitação prejudicial, qualitativa e quantitativa que a pessoa sofre nas suas atividades cotidianas, sendo passível tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, inclusive para os entes não dotados

¹⁶¹SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.44

¹⁶²BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. *O fundamento Filosófico do Dano Existencial*. Revista BonisJuris. Curitiba: Instituto de Pesquisa Jurídica BonisJuris, ano XXIII, nº 577, dezembro 2011, p. 35

¹⁶³ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.31

¹⁶⁴BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. *Op. cit.* p. 36

¹⁶⁵FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A Cláusula Geral da Tutela da Pessoa Humana: Enfoque específico no Dano Existencial, sob a perspectiva Civil – Constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, ano 14, abril/junho, 2013, p. 33

¹⁶⁶SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.44.

de personalidade jurídica, no que for compatível (condomínio edilício, por exemplo).

Esse dano significaria uma alteração nas relações dos mais variados aspectos que um indivíduo possa ter abrangendo de uma forma negativa todas as suas atividades diárias e normais seja temporária ou permanentemente. Essa conceituação decorreu da importância que ganhou a inviolabilidade da pessoa, e da reprovação aos danos que a ela lhe fossem causados que viessem a afetar a sua plenitude.¹⁶⁷

Nas palavras de Ezequiel Moraes¹⁶⁸ o dano existencial seria um dano à existência da pessoa, que atrapalharia a sua felicidade, impossibilitando-a de cumprir um projeto de vida no campo pessoal ou até mesmo relacional.

O que se toma por base para verificar a configuração do dano existencial é o padrão usual da conduta da pessoa na realização de seus projetos de vida ou se suas relações. Se houver um prejuízo a este padrão, irá se configurar um dano existencial.¹⁶⁹

A violação de qualquer dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, que causasse um dano nas atividades exercidas pelo indivíduo ou no seu projeto de vida pessoal, independente de ter repercussão financeira ou não, poderia ser enquadrado como dano existencial.¹⁷⁰

Essa definição apresentada por Amaro Almeida Neto é muito parecida com a que se apresentou neste trabalho em relação ao dano moral. Mas, embora semelhantes não se confundem. O dano moral decorreria da violação do bem em si, teria um reflexo mais na esfera interna do indivíduo, lhe causando angústia e sofrimento como consequência. Veja-se que o dano moral não é a angústia, a dor e o sofrimento, esses são suas consequências. Ele atinge a esfera não patrimonial do indivíduo e busca proteger a dignidade humana, até porque frequentemente se utiliza o dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial.

Em contrapartida, o dano existencial seria uma classificação do dano no âmbito da lesão, pois o dano atingiria as atividades exercidas pelo indivíduo no seu cotidiano, e

¹⁶⁷SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.44.

¹⁶⁸MORAIS, Ezequiel. *Brevíssimas Considerações sobre o Dano Existencial*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.84

¹⁶⁹SOARES, Flaviana Rampazzo. *Op. cit.* p.46 e 47

¹⁷⁰ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.27

estas podem ter reflexo patrimonial e não patrimonial. Então para configurar o dano existencial não basta apenas a violação de um bem jurídico protegido pelo ordenamento. Dessa violação tem que decorrer um dano que repercute na vida do indivíduo de forma a impedi-lo de exercer as suas atividades cotidianas, chegando até mesmo a frustrar o seu projeto de vida.

Como por exemplo, um idoso que todo dia encontra seus amigos na praça para conversar, e que por um atropelamento por uma moto que avançou no sinal vermelho acaba por ficar paraplégico, o que lhe impede de realizar o seu hábito costumeiro, pelo menos da forma que fazia antes ou então uma criança que ao contrair uma doença respiratória por conta da fumaça que uma empresa instalada perto da sua casa emite, deixa de jogar bola com os amigos, prática que era recorrente em sua atividade cotidiana.¹⁷¹

O dano existencial é tão abrangente que ainda poderá ser observado de duas perspectivas: tanto poderia assumir um caráter objetivo na medida em que trata de uma lesão às atividades cotidianas da pessoa, pois estas refletem a forma de ser e de agir do indivíduo (o que lhe conferiria o caráter de certeza que o direito civil brasileiro exige para a caracterização da ocorrência do dano juridicamente relevante), como também teria um aspecto de “potencialidade” que alcança não só aquilo que o indivíduo efetivamente perdeu, mas também aquilo que ele poderia desenvolver.¹⁷²

De acordo com Giuliana Recupero Bruno¹⁷³:

La nozione di *danno esistenziale* ricomprende qualsiasi evento che, per la sua negativa incidenza sul complesso dei rapporti facenti capo alla persona, è suscettibile di ripercuotersi in maniera consistente e talvolta permanente sull'esistenza di questa. Diventa allora decisiva una considerazione non restrittiva degli eventi potenzialmente lesivi, non ancorata, cioè, a valutazioni tecniche basate su parametri e tabellazioni, bensì capace di segnalare quelle interferenze comunque negative e pregiudizievoli in senso ampio.¹⁷⁴

¹⁷¹FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A Cláusula Geral da Tutela da Pessoa Humana: Enfoque específico no Dano Existencial, sob a perspectiva Civil – Constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, ano 14, abril/junho, 2013, p. 36

¹⁷²SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.45.

¹⁷³BRUNO, Giuliana Recupero. *Il danno esistenziale nel contesto del danno risarcibile*. I nuovi argomenti suggeriti dalla sent. n. 7713/2000 della Corte di Cassazione. Disponível em: <<http://www.diritto.it/articoli/civile/bruno.html>> Acessado em: 01/12/2013

¹⁷⁴“A noção de dano existencial compreende qualquer evento, que pela sua incidência negativa sobre as complexas relações de que fazem parte a pessoa, é susceptível de afetar de uma maneira consistente e muitas vezes até permanente a existência desta. Por isso se torna decisiva uma consideração que não seja restritiva desse evento potencial lesivo, não ancoradas, isto é, em

Ainda nessa linha de raciocínio, essa “potencialidade” atribuída ao dano existencial seria equiparada à chamada “perda de uma chance”, que é uma modalidade de dano que frustra a justa expectativa de exercer certas atividades. Além disso implicaria numa outra “maneira de se reportar ao mundo exterior” pois materializaria a renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero, ou seja, mudança no padrão usual de conduta da pessoa, que poderiam atingir setores distintos, tais como: atividades biológicas de subsistência, culturais, religiosas, recreativas, relações afetivo-familiares, relações sociais, pois qualquer pessoa teria direitos à serenidade familiar, salubridade do ambiente, lazer, etc.¹⁷⁵

O dano existencial abrange tanto as atividades rotineiramente praticadas pela vítima, bem como as atividades que seriam possivelmente realizadas.¹⁷⁶

Essas, então, seriam as características peculiares do dano existencial, embora, para que haja reparação nos moldes da responsabilidade civil atual, seja necessário que o dano tenha relevância jurídica, e os demais requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro (nexo de causalidade, conduta e imputação ao responsável).¹⁷⁷

Por fim, insta dizer que o dano existencial é qualquer alteração negativa injusta, causada na vida, rotina e hábitos bem como toda e qualquer lesão em qualquer situação existencial que cause prejuízo, sejam estes momentâneos ou permanentes de modo que obrigue o indivíduo a praticar suas atividades de um outro modo que não era feito antes ou deixar de realizar uma atividade futura que era certa.¹⁷⁸

Então se pode dizer que o dano existencial seria um dano capaz de lesar a existência do sujeito, afetando as suas relações, frustrando os seus projetos de vida, aquilo que ele havia projetado para si no futuro e também no presente. Esse tipo de dano influencia de maneira incisiva o cotidiano do indivíduo, porque também o impede de exercer as suas atividades do dia-a-dia, do modo como sempre foram exercidas.

avaliações técnicas com bases em parâmetros e tabelas, mas capaz de sinalizar a interferência negativa e prejudicial num sentido amplo.” Tradução livre.

¹⁷⁵SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47

¹⁷⁶FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A Cláusula Geral da Tutela da Pessoa Humana: Enfoque específico no Dano Existencial, sob a perspectiva Civil – Constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, ano 14, abril/junho, 2013, p. 36

¹⁷⁷SOARES, Flaviana Rampazzo. *Op. cit. Loc. cit.*

¹⁷⁸FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *Op. cit. Loc. cit.*

Ademais, o dano existencial restará configurado tanto através de um dano que impeça o indivíduo de exercer uma atividade costumeira, cotidiana, como também poderá este ser configurado a partir de uma “potencialidade” em exercer uma determinada atividade que já era certa de que ocorreria. O dano existencial portanto deve ser certo, e seus elementos de configuração são objetivos, ou seja, a alteração deve ter objetivamente se configurado.

4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É no Código Civil Italiano de 1942 que encontramos a base para surgimento do que se chama atualmente de dano existencial. Mais precisamente devem ser observados os artigos 2.043 e 2.059 do presente diploma que tratam do ressarcimento por fato ilícito e do ressarcimento ao dano não patrimonial, respectivamente. Veja-se:

Articolo 2043 – Risarcimento per fatto illecito
Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno¹⁷⁹.
Articolo 2059 – Danni non Patrimoniali.
Il danno non patrimonial deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge¹⁸⁰

O primeiro trata do ressarcimento do dano patrimonial e o segundo do ressarcimento do dano que não seria patrimonial. O Prof. Doutor Eugênio Facchini Neto, no prefácio do livro de Flaviana Soares¹⁸¹, diz que o Código Civil Italiano, diferente do sistema adotado no Brasil, adota para caracterizar a responsabilidade civil, o critério da “tipicidade”. De acordo com este critério esta só existiria se houvesse previsão legal, especialmente quando se tratava da lei penal.

A previsão do ressarcimento não estava apenas na lei civil italiana mas também na legislação penal, no art. 185 que expressamente determinava que o dano causado por uma conduta criminosa obrigaria àquele que o causou ou seu responsável a indenizar o ofendido. Mas se verificou posteriormente que os dispositivos legais

¹⁷⁹Artigo 2043 Ressarcimento por fato ilícito. Qualquer fato doloso ou culposo, que ocasiona ao outro dano injusto, obriga àquele que cometeu o fato a ressarcir o dano. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.ilcodicecivile.it/>> Acesso em: 05/12/2013

¹⁸⁰Artigo 2059. Dano não patrimonial. O dano patrimonial deve ser ressarcido apenas no caso de determinar a lei. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.ilcodicecivile.it/>> Acesso em: 05/12/2013

¹⁸¹SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.9

elencados não eram capazes de abranger os casos em que apesar da existência do ilícito civil e do dano não havia ilícito penal.¹⁸²

Em 1950, com base nos já citados artigos do diploma civil italiano, passou-se a reconhecer no direito italiano o chamado dano à vida de relação que seria indenizado independentemente de haver ou não ressarcimento por dano material ao indivíduo que sofreu a lesão.¹⁸³

Após o reconhecimento do dano à vida de relação aumentou-se a necessidade de proteger a pessoa humana contra atos que atingissem a sua atividade realizadora fundamentando-se na própria Constituição Italiana. A jurisprudência italiana à época chegou a afirmar que ofensas ao direito à saúde da pessoa deveria ser enquadrado como “dano injusto”, passível de indenização, independentemente de haver ocorrido ilícito penal¹⁸⁴

Essa espécie de dano surge no direito italiano quando este ordenamento supera as duas espécies de dano reconhecidas que poderiam ser cometidos contra a pessoa: o dano patrimonial e o dano moral. Sendo que o dano moral no direito Italiano somente era passível de indenização nos casos previstos pela lei ou se originado de uma conduta típica penal.¹⁸⁵

Por volta de 1970 a jurisprudência italiana confere ao direito à saúde o status de direito fundamental e, portanto, merecia indenização tal qual o chamado "dano injusto", uma vez que a indenização deixa de estar relacionada à existência do ilícito penal. Essa tutela foi extremamente importante para desvincular o dano à saúde, na condição de dano material a um ilícito penal.¹⁸⁶

A evolução do direito italiano frente ao dano injusto tornou necessária a ampliação a proteção da pessoa humana diante do dano injusto já que na lei havia uma evidente lacuna que necessitava de uma complementação. Com isso surgiu o dano à vida de relação que era o embrião do dano existencial.

¹⁸²SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 41.

¹⁸³*Ibidem*, p. 41.

¹⁸⁴*Ibidem*, p.42

¹⁸⁵ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.22

¹⁸⁶NASCIMENTO, Maria Emília Costa. Responsabilidade Civil por dano existencial. Revista de Direito Civil nº 80, 2012, p. 39.

Diante de todo esse contexto que surgia, passou-se a aumentar na Itália a tutela aos interesses imateriais das pessoas. Diversos tipos de danos que antes não eram avaliados passaram a ser analisados e muitas vezes até acolhidos. Eram danos imateriais que mereciam tutela jurídica mas não se enquadravam nos conceitos tradicionais. Chamavam de dano biológico todos os danos que não se encaixavam nesses conceitos tradicionais, o que acabou por ampliar o próprio conceito de dano biológico, o qual englobava as alterações do aspecto exterior e morfológico da pessoa; reduções de eficiência psicofísica da pessoa; alteração da capacidade social da pessoa (vida de relação); redução da capacidade de trabalho em geral e da perda de oportunidade de trabalho em razão do dano.¹⁸⁷

Mas, embora a denominação dano biológico abrangesse uma série de situações danosas, esse conceito era impreciso e atécnico, tendo em vista que inúmeras situações que não poderiam configurar dano biológico eram merecedoras da tutela jurídica da reparação. Diante disso, passou-se a enquadrar tais danos numa categoria denominada de “dano existencial”, que era baseada nas atividades das pessoas que eram afetadas negativamente por uma conduta lesiva.¹⁸⁸

Tal reconhecimento levou a Suprema Corte Italiana a se manifestar em 7 de junho de 2000 acerca do dano existencial na Decisão nº 7.713¹⁸⁹

¹⁸⁷SOARES, Fláviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.41

¹⁸⁸*ibidem*, p.43

¹⁸⁹Il che è stato del resto già ben posto in luce dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n.184 del 1986, relativa al danno-evento da lesione del diritto alla salute (cd. Danno biologico) ma riferibile (per la latitudine dei suoi enunciati) ad ogni analoga lesione di diritti comunque fondamentali della persona; risolvendosi in un danno esistenziale ed alla vita di relazione. La vigente Costituzione, garantendo principalmente e primariamente valori personali impone, infatti una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c. (che non si sottrarrebbe altrimenti ad esiti di incostituzionalità), "in correlazione agli articoli della Carta che tutelano i predetti valori", nel senso appunto che quella norma sia "idonea a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito", attraverso "il risarcimento del danno (che) è sanzione esecutiva del precetto primario ed è la minima delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela di un interesse". Il citato art. 2043 c.c., correlato agli artt. 2 e ss. Costituzione, va così "necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana". Per cui, quindi - essendo le norme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali della persona pienamente e direttamente, operanti "anche nei rapporti tra privati" (cd. "drittwirkung") - "non è ipotizzabile limite alla risarcibilità", della correlativa lesione, "per sé considerata" (n.184/1986 cit.), ai sensi dell'art. 2043 c.c.: che, per tal profilo la Corte veneziana ha per ciò correttamente applicato, riconoscendo all'attore il ristoro del danno (non già "morale" da illecito penale, ma) da lesione in sé di suoi diritti fondamentali, in conseguenza della riferita condotta del suo genitore. Cassazione Sezione Prima Civile n. 7713 del 7 giugno 2000, Pres. Reale, Rel. Morelli) Disponível em: <http://www.legge-egustizia.it/index.php?option=com_content&task=view&id=2838&Itemid=149> Acesso em: 05/12/2013

Então, é nesse contexto que nasce o denominado “dano existencial” na doutrina italiana, que entende que o rol de atividades da vida de relação que podem ser afetados por condutas ilícitas é amplo e atinge a existência humana, razão pela qual adotaram a citada denominação.¹⁹⁰

Não só na Itália, mas também na França, o dano existencial passou a existir. Era o que os franceses chamavam de *préjudice d'agrément* que consistia em todas as ofensas que impedissem o indivíduo de aproveitar todos os prazeres da vida, ou bem estar que a vida proporciona. Esse instituto representaria uma verdadeira ofensa ao normal desenvolvimento das atividades humanas, nos diversos seguimentos que compõem a sua existência.¹⁹¹

Há também a figura do *loss of amenities of life* que é a designação conferida pelo direito inglês e americano às conseqüências que não possuem caráter econômico da diminuição, permanente ou temporária de algo que priva a pessoa ofendida de participar das suas atividades normais. Esse conceito de certa maneira leva a uma equivalência ao que se chama de dano existencial.¹⁹²

Nessa linha de raciocínio, a reparação dos danos que levaram a perda desse aproveitamento de todos os aspectos da vida, visa a compensar as limitações que decorreram desse ato lesivo.¹⁹³

4.3 ESPÉCIES

O dano existencial pode se configurar de duas formas. Uma afetando as relações intrapessoais e interpessoais do ser humano, ou seja, afetando as relações da pessoa com seu ambiente, seu lugar sócio-cultural, sua família, etc. Esse seria o chamado dano existencial à vida de relação.¹⁹⁴

¹⁹⁰SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.44

¹⁹¹*Ibidem*, p. 48

¹⁹²*Ibidem*, p. 49

¹⁹³*Ibidem*, p. 50

¹⁹⁴BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. *O fundamento Filosófico do Dano Existencial*. Revista BonisJuris. Curitiba: Instituto de Pesquisa Jurídica BonisJuris, ano XXIII, nº 577, dezembro 2011, p. 40

Há também o dano existencial ao projeto de vida, que se configura quando alguma conduta esfacela e impossibilita a ocorrência de algum projeto e movimentos futuros que dão sentido à própria existência.¹⁹⁵

Há doutrinadores que tratam ambos como uma coisa só, mas essas são figuras distintas que merecem ser analisadas separadamente.

4.3.1 Dano à vida de Relação

Com a evolução do conceito o dano à vida de relação ou dano ao projeto de vida seria uma espécie de dano existencial. O dano ao projeto de vida seria relacionado ao fato da pessoa baseada em seu livre arbítrio ser impedida de praticar atos necessários à execução do planejamento de metas e aspirações pessoais que dariam sentido a sua existência.¹⁹⁶

O dano à vida de relação seria a ofensa de caráter físico ou psíquico a uma pessoa que levaria à impossibilidade do seu relacionamento com terceiros. Toda pessoa teria o direito de não ser molestada em sua existência, e deveria viver com dignidade o que reflete inclusive sobre as suas atividades de lazer.¹⁹⁷

Os juristas italianos chegaram à conclusão que a lesão a qualquer direito fundamental configura um dano a existência da pessoa humana, sobre o qual deve incidir a responsabilidade civil, pois esta seria indispensável à proteção à dimensão existencial da pessoa humana. Logo, para o direito italiano o dano à existência da pessoa seria a violação a qualquer direito fundamental da pessoa, tutelado pela Carta Magna, que cause uma mudança prejudicial ao indivíduo e às atividades que ele executa com vistas ao projeto de vida pessoal, e sem se fazer necessária qualquer repercussão de cunho patrimonial.

¹⁹⁵BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. *O fundamento Filosófico do Dano Existencial*. Revista BonisJuris. Curitiba: Instituto de Pesquisa Jurídica BonisJuris, ano XXIII, nº 577, dezembro 2011, p. 40

¹⁹⁶*Idem*. *A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida*. Revista Forense, v.411, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.98

¹⁹⁷ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.22-23

Antonio Montenegro¹⁹⁸ diz que se pode entender a vida de relação em dois aspectos: O primeiro relacionado às relações do homem no atendimento de suas necessidades fundamentais (qual sejam: habitação, defesa própria e da família) e o segundo relacionado ao conceito de associação, que se refere às relações do homem no âmbito da sociedade moderna.

Este último aspecto mostra o indivíduo sob o ponto de vista de sua eficiência social que envolve tanto a suas relações e atividades desenvolvidas no trabalho, como fora dele.¹⁹⁹

4.3.2 Dano ao Projeto de Vida

Nas palavras de Júlio César Bebber²⁰⁰, o dano ao projeto de vida compreende toda lesão que afeta de modo a comprometer a escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Por projeto de vida pode-se entender que seja aquilo que a pessoa projetou para si, para sua vida.

O projeto de vida espelha as possibilidades de concretude dentro do mundo em que vive, o que irá lhe permitir a realização de escolhas pertinentes às várias esferas em que atua na sua vida, de maneira a executar o que planejara para si.²⁰¹

É natural do ser humano projetar o futuro e fazer suas escolhas no sentido de levar a sua existência a concretizar aquele projeto de vida. Logo o fato injusto que o frustra é o que se chama de dano ao projeto de vida, espécie de dano existencial.²⁰²

O dano ao projeto de vida seria relacionado ao impedimento que determinado ser humano sofra de faticamente não poder realizar o conjunto de fatos imprescindíveis

¹⁹⁸MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 101

¹⁹⁹*Ibidem*, p. 102

²⁰⁰BEBBER, Julio César. *Danos Extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial) – Breves Considerações*. Revista LTr, ano 73-01. São Paulo: Editora Ltda., janeiro/2009, p. 28

²⁰¹BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. *A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida*. Revista Forense, v.411, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.71

²⁰²BEBBER, Julio César. *Op. cit.* 2009, p. 28

para realização de suas aspirações pessoais, que dão sentido a sua existência em busca de sua autorrealização.²⁰³

Hidemberg Frota e Fernanda Bião²⁰⁴ dizem que esse projeto de vida para ser indenizável em decorrência de um dano existencial necessita ter um objeto obviamente lícito, e estar dentro de um coeficiente de razoabilidade, ou seja, que antes da ocorrência do dano fosse realista e exequível, ou no mínimo provável.

4.4 DANO EXISTENCIAL X OUTROS TIPOS DE DANO

É possível visualizar a diferença de outras espécies de danos extrapatrimoniais para o dano existencial, o que de um lado o faria figurar como autônomo no direito brasileiro. Entretanto, insta observar que para este trabalho o dano existencial estaria configurado no âmbito da lesão, pois se entende que para o prejuízo só poderia haver duas áreas: os danos patrimoniais e os extrapatrimoniais.

4.4.1 Dano existencial X Dano moral propriamente dito

Até então, a linha que separa o dano existencial e o dano moral é muito tênue. Poderia se dizer numa primeira análise que um conceito acaba a ser por englobado pelo outro, tendo o dano moral, que no nosso ordenamento figura como dano extrapatrimonial, uma maior abrangência do que o existencial.

Entretanto, quando se trata de diferenciar o dano moral do dano existencial, o que a maioria da doutrina faz é diferenciar o dano moral propriamente dito do dano existencial, tendo em vista que o primeiro cuidaria dos direitos da personalidade enquanto que o dano existencial cuida da pessoa em toda a sua dimensão de existência com vistas a garantir-lhe uma existência digna, e indenizar uma lesão que por ventura venha a atingir esta sua existência.

²⁰³ BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. *A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida*. Revista Forense, v.411, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.73

²⁰⁴ *Idem*. *O fundamento Filosófico do Dano Existencial*. Revista BonisJuris. Curitiba: Instituto de Pesquisa Jurídica BonisJuris, ano XXIII, nº 577, dezembro 2011, p. 40

Novamente aqui está presente a falha da nomenclatura a que foi atribuída ao dano moral tendo em vista que, como já observado anteriormente neste trabalho, o legislador e a doutrina ao tratar desse dano se referem na verdade ao dano extrapatrimonial. Ao aceitar essa nomenclatura restringiu-se os chamados danos extrapatrimoniais apenas ao conceito de dano moral.²⁰⁵

Insta salientar que a doutrina e a legislação reconhecem como dano moral situações que abrangem muito mais do que apenas os direitos da personalidade. É consonante o entendimento de que o dano moral tutela em verdade a dignidade da pessoa humana, buscando protegê-la em seus mais variados aspectos. Logo, ao se reconhecer o dano moral como em verdade dano extrapatrimonial, o dano existencial poderia então gerar como consequência um dano extrapatrimonial já que atinge a esfera não patrimonial do sujeito.

Entretanto diferencia-se o dano existencial do dano moral propriamente dito, que é aquele que atinge os direitos da personalidade, e sobre o tópico, Maria Emília Costa do Nascimento²⁰⁶ diz o seguinte:

Diferencia-se o dano moral propriamente dito do dano existencial porque o primeiro pertence a esfera interior da pessoa, uma vez que o segundo caracteriza-se por toas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima, em todos os seus componentes relacionais.

O dano moral propriamente dito se referiria ao sofrimento, ao abalo da honra, já o dano existencial trata da impossibilidade de fazer uma atividade no campo familiar, pessoal. É como se fosse uma renúncia forçada a uma atividade concreta.²⁰⁷

Nas palavras de Flaviana Soares²⁰⁸ o dano moral propriamente dito tem natureza extrapatrimonial, subjetiva, atingindo a moral da pessoa, afetando negativamente o seu ânimo. O dano moral não afeta o cotidiano da pessoa, embora possa tornar mais penosa a condução de determinados atos.

Então, o dano existencial difere do dano moral justamente porque o dano existencial enquadraria todas as mudanças nocivas na vida cotidiana da vítima envolvendo

²⁰⁵SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 97

²⁰⁶NASCIMENTO, Maria Emília Costa. *Responsabilidade Civil por dano existencial*. Revista de Direito Civil nº 80, 2012, p. 48.

²⁰⁷MORAIS, Ezequiel. *Brevíssimas Considerações sobre o Dano Existencial*. de Direito Civil nº 80, 2012, p.84

²⁰⁸SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 98

todos os seus componentes relacionais, enquanto o dano moral estaria mais relacionado à esfera interior da pessoa.²⁰⁹

O dano moral estaria mais ligado a um “sentir”, enquanto que o dano existencial estaria ligado a um “não mais poder fazer”. O dano moral propriamente dito ocorreria dentro da pessoa, afetando a sua esfera subjetiva, enquanto que o dano existencial se encontraria pra fora, na sua esfera objetiva.²¹⁰

4.4.2 Dano Existencial x Dano Estético

Mas o dano existencial não se relaciona só com o dano moral, embora seja dele o conceito com o qual mais se aproxima. Temos o chamado dano estético, que se relaciona também com o dano existencial. O dano estético também seria um dano extrapatrimonial que atinge diretamente o direito à integridade física.

O dano estético também é um dano à pessoa que atinge seu direito da personalidade, qual seja a integridade física. Seria qualquer lesão de caráter permanente que cause uma alteração ao ponto de lhe causar humilhações gerando um sofrimento moral.²¹¹

O dano estético não se confunde com o dano existencial, já que o primeiro afeta a integridade física da pessoa, enquanto o segundo atua sobre as atividades cotidianas da pessoa, representando as tarefas que a pessoa deixa de fazer, deve fazer ou, fundamentalmente, fará de maneira diversa daquela empreendida antes da lesão. Contudo são perfeitamente cumuláveis, uma vez que um dano à integridade física da pessoa da pessoa, provavelmente gere danos a um projeto de vida, não sendo contudo, indispensável à configuração do dano existencial.²¹²

A maior discussão que se tem sobre o dano estético não diz respeito à sua possibilidade de existência e sim quanto a autonomia de sua reparação. Para Julio

²⁰⁹SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 99

²¹⁰BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. *O fundamento Filosófico do Dano Existencial*. Revista BonisJuris. Curitiba: Instituto de Pesquisa Jurídica BonisJuris, ano XXIII, nº 577, dezembro 2011, p. 36

²¹¹NASCIMENTO, Maria Emília Costa. *Responsabilidade Civil por dano existencial*. Revista de Direito Civil nº 80, 2012, p. 48

²¹²*Ibidem*, p.49

Bebber²¹³ a ideia mais adequada é a de que o dano estético que cause, por exemplo, uma lesão no patrimonial da pessoa geraria uma reparação nos moldes do dano patrimonial.

Entretanto, quanto a reparação cumulativa de dano moral e dano estético, o citado autor já é mais flexível, entendendo que seria admissível cumular indenização por dano moral e dano estético, uma vez que possuam natureza distinta.²¹⁴

Em contrapartida, Thiago Borges²¹⁵ entende que o dano estético, assim como o dano à vida de relação, o dano sexual, etc, estariam todos enquadrados no âmbito da lesão a interesses juridicamente tutelados, e são espécies de danos que podem produzir resultados prejudiciais patrimoniais e extrapatrimoniais. Não haveria uma terceira hipótese, a do prejuízo estético por que o prejuízo patrimonial e extrapatrimonial são antinômicos, não cabendo entre eles a noção de um terceiro prejuízo. Por isso não se poderia cumular o dano moral e o dano estético.

O dano estético enquadra-se nos danos extrapatrimoniais objetivos, tendo em vista que sua lesão deriva dos direitos à imagem e à integridade física. Esse tipo de dano pode causar uma dor moral, que se configura no sofrimento da vítima mas não deixa de ser uma espécie de dano moral puro. Este ainda poderá gerar um dano patrimonial.²¹⁶

Entende-se também que este tipo de dano é uma lesão à integridade física que também pode atingir outros interesses, como por exemplo a capacidade de trabalho.²¹⁷

4.4.3 Dano Existencial X Dano Biológico

²¹³BEBBER, Julio César. *Danos Extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial) – Breves Considerações*. Revista LTr, ano 73-01. São Paulo: Editora Ltda., janeiro/2009, p.27

²¹⁴*Ibidem*, Loc. cit.

²¹⁵BORGES, Thiago Carvalho. *Uma reflexão sobre o dano estético*. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2012, v. 4, p. 316

²¹⁶FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral da tutela a pessoa humana: Enfoque no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista de Direito Privado nº 54, 2013, p. 33

²¹⁷BORGES, Thiago Carvalho. *Op. cit.* 2012, v. 4, p. 317

Por dano biológico se entende toda lesão, seja de caráter duradouro ou temporário que interfere na saúde da vítima, entendido como bem estar físico, psíquico e social da vítima. A saúde constitui objeto autônomo de proteção.²¹⁸

Logo, este dano, que também é conhecido como dano à saúde, não se confunde com o dano existencial, mesmo os dois tendo sido classificados como dano à pessoa, o primeiro envolve as lesões que afetam a pessoa psicofisicamente, e o segundo atua sobre as atividades cotidianas do indivíduo, como foi amplamente discutido até então.²¹⁹

O dano biológico possui uma matriz médico-legal que o dano existencial poderá não ter. Um dano biológico, por ventura, poderá gerar um dano existencial, e vice-versa, entretanto estes não podem ser confundidos um com o outro, pois tais hipóteses configuram danos por ricochete e não uma variação do mesmo dano.²²⁰

Este dano caracteriza-se pela ofensa à saúde da pessoa prejudicando o seu equilíbrio no que concerne à sua saúde. No seu corpo ou na sua mente. Já o dano existencial é uma mudança no cotidiano que pode ter inúmeras causas, pode ocorrer que o dano à saúde, inclusive gere uma alteração no cotidiano da pessoa mas quando isso ocorre o que se terá é uma concomitância de danos.²²¹

4.5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO EXISTENCIAL

Primeiramente, como em todo instituto jurídico, há princípios que norteiam a responsabilidade civil por dano existencial. A associação direta que se faz dos princípios elencados pela Constituição e pelo Código Civil à responsabilidade civil por dano existencial resta configurada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade e o princípio do *neminem laedere*.²²²

Não é difícil associar o princípio da dignidade humana ao instituto do dano existencial tendo em vista que a pessoa é o ponto de referência do ordenamento

²¹⁸BEBBER, Julio César. *Danos Extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial) – Breves Considerações*. Revista LTr, ano 73-01. São Paulo: Editora Ltda., janeiro/2009, p.27

²¹⁹SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 111

²²⁰*Ibidem*, Loc. cit.

²²¹*Ibidem*, Loc. cit.

²²²*Ibidem*, p.51

jurídico que deve ser protegido das agressões da vida social. A dignidade resta configurada como um valor inerente ao ser humano, entretanto este é um conceito bastante impreciso e que está em constante constituição e evolução.²²³

A dignidade é um fundamento das prerrogativas jurídicas do ser humano, é um imperativo que faz com que a vida humana deva ser intangível e que determina o respeito a integridade psicofísica da pessoa, aos seus atributos inerentes e fundamentais, e, por isso, estabelece a necessidade de atendimento de condições mínimas para garantir a sobrevivência material, o convívio social igual e a liberdade.²²⁴

Portanto, há de se perceber que existe um fundamento constitucional para a ocorrência do dano existencial, tendo em vista que a dignidade tem uma dimensão muito ampla e a sua proteção é fundamento principal do ordenamento jurídico brasileiro, consagrado pela Constituição Federal.

Entretanto, é pelo princípio da solidariedade que se tem a principal proteção da personalidade humana. A solidariedade visa a mútua cooperação no sentido de alcançar um mesmo objetivo de desenvolvimento digno de todos. Ela representa um elemento de qualificação da relação entre pessoas no sentido de suprir a necessidade de todos, para que possuam uma vida digna, baseando-se na noção de justiça distributiva²²⁵

O último princípio fundamentador da responsabilidade civil por dano existencial é o princípio civil do *neminem laedere*. Este é um princípio da responsabilidade civil que surge da constatação de que deve se manter integralmente a incolumidade das pessoas. Pode ser reduzido à expressão não fazer o mal, pois é a regra de que ninguém deve ser lesado, no sentido de que não se deve interferir na esfera jurídica de outrem, relacionando-se então ao princípio da boa-fé.²²⁶

²²³SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 52

²²⁴*Ibidem*, p. 53

²²⁵*Ibidem*, p. 56

²²⁶*Ibidem*, p. 58

5. A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DO DANO EXISTENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este é o ponto fundamental da discussão sobre o dano existencial. É ele aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro? Essa discussão vai mais além. Se ele de fato é figura existente no ordenamento jurídico brasileiro, é ele autônomo em relação aos danos patrimoniais e morais, podendo haver cumulação dessas indenizações?

É preciso que seja feita uma análise do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, buscando entender o que ele busca proteger de fato. É claro que não há como discutir essa problemática então sem tratar da dignidade da pessoa humana, que tão importante é para o ordenamento jurídico que foi consagrado pela Magna Carta como princípio fundamental.

É a partir dessa análise que irá se desenvolver a resposta para estes questionamentos e daí perceber em que limites caberia a aplicação desse instituto pelo direito pátrio.

5.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana ganhou importância ao longo do tempo, e hoje é o fundamento do ordenamento jurídico brasileiro consagrado pela Constituição Federal de 1988.

A pessoa humana está indissociavelmente ligada ao Direito tendo em vista que a principal razão pela qual se criam normas jurídicas é justamente regulamentar a sua coexistência em sociedade. Ademais, a proteção da dignidade deveria ser o principal objeto a ser tutelado pelo direito, inclusive desde antes da formação do Estado de Direito, tendo em vista que esse é um aspecto inerente à substancialidade da pessoa.²²⁷

A pessoa humana é a pedra angular de todas as ciências, inclusive do próprio direito, logo é natural que se queira estudar e analisar a repercussão que uma lesão

²²⁷ CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na Perspectiva de Repersonalização do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p.28

causa diretamente na pessoa. Por isso não há como dissociar o estudo da responsabilidade civil das relações existentes entre a pessoa humana e o seu contexto histórico econômico e social.²²⁸

Assim, para efetivar a defesa e a promoção integrais da personalidade humana, é preciso ter em mente que a pessoa humana não será protegida porque é titular de um direito, mas o contrário. A proteção surge primeiro e decorrente dela; em seguida configura-se o direito subjetivo ou o direito potestativo²²⁹

Entretanto, essa noção de necessidade de valorização da pessoa humana é algo mais recente. O Direito Clássico dava bastante importância principalmente à perspectiva humana patrimonialista em detrimento inclusive da própria pessoa humana. Isso surge porque é cultural e histórica a importância dada pela sociedade ao direito de propriedade, tendo em vista que as primeiras normas de direitos que surgiram buscaram justamente a proteção dos bens patrimoniais.²³⁰

Ainda que essa importância conferida apenas ao aspecto patrimonial da pessoa tenha sido superada pela importância que se deu à pessoa humana como um todo, em todos os seus aspectos, principalmente àqueles que não dizem respeito ao patrimônio, Récio Capellari²³¹ ainda acha que o direito contemporâneo seria insuficiente para acompanhar a diversidade e complexidade desta sociedade atual, tendo em vista que está em foco justamente o respeito que se deve ter as diferenças existentes entre os sujeitos, e, em contrapartida, o ordenamento jurídico atual acaba por colocá-los em um nível de igualdade formal que termina por cometer inúmeras injustiças, pois não se atenta para as reais necessidades advindas dessas diferenças.

A dificuldade reside aqui na conceituação do que seria a dignidade da pessoa humana. Esta dificuldade consiste porque este conceito é vago e impreciso e possui uma natureza polissêmica. A dignidade da pessoa humana possui diversas dimensões e por conta disso torna-se um instituto extremamente abrangente.²³²

²²⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 23

²²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 183.

²³⁰ CAPPELLARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na Perspectiva de Repersonalização do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 30, 31 e 43

²³¹ Ibidem, p. 31

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. *Dimensões da dignidade - ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional* Ed. Livraria do Advogado Porto alegre, 2005, p. 16 -17

Para Récio Capellari²³³ a dignidade teria um conteúdo e um conceito muito dinâmico e mutável tendo em vista que assim também é a sociedade contemporânea, e este conceito naturalmente a reflete. Para ele, uma forma muito exagerada na tentativa de delimitar esse instituto pode, ao reduzir a sua estrutura, gerar várias conseqüências que ferem os direitos fundamentais do cidadão.

Para Anderson Schreiber o conceito de dignidade pode ser formulado a partir da noção de que esta seria um valor síntese que reúne as esferas de satisfação e desenvolvimento da pessoa humana. Por isso não pode haver rigidez no momento de descrição do seu conteúdo; este conceito deve ser apreendido a partir de cada sociedade e cada momento histórico que esta perpassa.²³⁴

A dignidade, então, é um valor que também é formado histórica e culturalmente tendo em vista que não é somente uma característica inerente à própria natureza humana, pois é resultado das transformações e gerações de uma sociedade que ao longo do tempo podem apresentar aspectos multifacetários de onde podem inclusive surgir as maiores diferenças entre os indivíduos de uma mesma sociedade. Portanto, nos dias atuais principalmente, é importante que a dignidade humana possua suficiente idoneidade jurídica para assegurar uma igualdade material diante das desigualdades existentes no mundo atual.²³⁵

Assim, o valor do direito à dignidade importa a existência da igualdade, pois a dignidade se estabelece para si e para outrem de modo igualitário.²³⁶

É a dignidade, portanto, que torna os homens iguais entre si, não podendo nenhum ser considerado inferior ou superior em relação ao outro, o que leva a constatação de que todos os homens no aspecto da existência são iguais, nenhum sendo mais digno que o outro. O que se busca afirmar com a ponderação feita é que o homem não perde sua dignidade ao, por exemplo, cometer uma conduta reprovável, pois este é um valor intrínseco à sua condição de ser humano, o que o torna por

²³³CAPPELLARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na Perspectiva de Repersonalização do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 51

²³⁴SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: ED. ATLAS S.A. 2011, p.8

²³⁵CAPPELLARI, Récio. *Op. cit.* 2011, p. 60

²³⁶*Ibidem*, p. 52

conseqüência absoluto.²³⁷ “A dignidade do ser humano exige proteção máxima, inegociável.”²³⁸

A dignidade humana é o pilar da ordem jurídica democrática. Isto quer dizer que o alcance da dignidade não se resume apenas a um, mas alcança todos os setores da ordem jurídica.²³⁹

No último século a dignidade da pessoa humana tem sido vista pelas constituições como valor fundamental e vem sendo aplicado diretamente as outras áreas do direito, inclusive às relações privadas, vindo a exigir a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial.²⁴⁰

No Brasil, o reconhecimento da dignidade foi sendo pouco a pouco conquistado, vindo a ser verdadeiramente reconhecido após a Constituição Federal de 1988, passando a ser por ela consagrado como princípio e também como um de seus pilares.²⁴¹

A Constituição Federal de 1988 consagra como seu princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”

Portanto, a dignidade da pessoa humana possui um caráter que ultrapassa os valores éticos e morais, pois, após consagrada pela Carta Magna, adquiriu um caráter jurídico – normativo, como princípio informador de todos os demais Direitos Fundamentais e por isso irradia seus efeitos em todo o Ordenamento Jurídico, o que deu ensejo a uma verdadeira Repersonalização do Direito, principalmente no que diz

²³⁷ CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na Perspectiva de Repersonalização do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 52

²³⁸ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.17

²³⁹MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.183.

²⁴⁰SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.89.

²⁴¹CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na Perspectiva de Repersonalização do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 71

respeito ao Direito Privado, que assim como todos os outros ramos do direito passa, a partir de agora, a ser observado através de uma ótica constitucional.²⁴²

Com a Repersonalização do Direito, tendo por base uma análise de todo o direito à luz da Constituição, tudo tornou-se hierarquicamente inferior aos direitos da pessoa humana, pois os direitos pessoais passaram a preponderar em relação aos patrimoniais.²⁴³

O próprio Código Civil de 2003 possibilita que um grande número de novos valores e direitos do cidadão ingresse no sistema jurídico pátrio assim como o próprio princípio da dignidade humana que passa a permear as relações que decorrem deste diploma. Passou-se então a dar às relações edificadas pelo diploma civil um tratamento constitucional.²⁴⁴

Logo o direito civil passa a proteger e incidir em outros aspectos da pessoa humana que vão além do patrimônio do indivíduo, pois se começa a ter uma leitura constitucionalista do direito civil, fazendo com que esse esteja de acordo com os preceitos constitucionais, tutelando inclusive uma existência digna.

Ainda sobre a questão da tutela da dignidade humana pelo direito civil, segundo Anderson Schreiber²⁴⁵:

Como síntese da condição humana, a dignidade consiste no vetor segundo o qual se orientam e se devem orientar todos os interesses (sejam materiais, sejam existenciais), que somente são considerados merecedores de tutela na medida em que instrumentalizados a favor deste fim.

Como já foi citado anteriormente, no Código Civil em seus artigos 186 e 927 o legislador não restringiu o campo de incidência desses artigos a esta ou aquela espécie de dano, a conclusão que se extrai é a de que a pessoa humana é protegida contra qualquer ato ilícito de terceiro que lhe cause um prejuízo material ou imaterial. Todo dano injusto sofrido pelo ser humano, material ou imaterial, ainda que unicamente de fundo moral deve ser reparado a custa do ofensor.²⁴⁶

²⁴² CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na Perspectiva de Repersonalização do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 72

²⁴³ *Ibidem*, p. 108

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 73 e 87

²⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.178.

²⁴⁶ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.11

Logo, não poderia se falar exclusivamente em dano moral como a única categoria de dano extrapatrimonial, ou como a única outra espécie de dano além do patrimonial, como faz a doutrina e a jurisprudência brasileira, que englobam todas as situações danosas numa dicotomia entre dano patrimonial e dano moral. O dano extrapatrimonial abrange toda uma série de situações da qual o dano moral seria apenas uma parte, seria apenas uma espécie desse dano.

Ademais, a dignidade humana é, hoje no Brasil, imperativo categórico estabelecido pela Constituição Federal, no que significa dizer que alcança todos os setores da ordem jurídica e isso, acaba por gerar uma dificuldade no sentido de limitar esse princípio constitucional da dignidade humana, uma vez que este é um conceito tão amplo que se não lhe forem postos limites implicará num grande número de conotações que acaba por generalizar este conceito e levando-o a tamanho grau de abstração que impossibilitará a sua aplicação.²⁴⁷

Maria Celina Bodin de Moraes²⁴⁸, no intuito de solucionar essa questão, sugere que seja feita uma decomposição do conceito de dignidade que se dividiram em várias dimensões. Primeiramente, diz que o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se através do direito à igualdade, e não apenas no sentido de igualdade formal, mas também e principalmente no sentido de igualdade substancial, que prevê a necessidade de tratar as pessoas quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade.

Também seria a dignidade da pessoa humana composta pela tutela à integridade psicofísica da pessoa humana, que contempla tradicionalmente o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais. Hoje ela foi ampliada e abarca o fato de que não pode ser imposto nenhum tratamento desumano ou degradante.²⁴⁹

O direito à liberdade também faz parte do substrato material da dignidade da pessoa humana. O princípio da liberdade individual toma forma cada vez mais se observado numa perspectiva de privacidade, intimidade e exercício da vida privada. Liberdade hoje tem a ver com a realização das próprias escolhas individuais, sem que haja

²⁴⁷MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 84

²⁴⁸*Ibidem*, p. 84 e 86

²⁴⁹*Ibidem*, p. 93

interferências de qualquer gênero, de modo que o sujeito virá a exercê-las como melhor lhe convier.²⁵⁰

Esse valor é ínsito à pessoa humana e deve ser sempre utilizado em seu favor. A liberdade está representada pelo direito do sujeito de ir e vir, de fazer suas escolhas, de não ser submetido a situações contrárias aos seus próprios ideais e pensamentos.²⁵¹

Entretanto, o direito à liberdade se contrapõe a outro substrato material da dignidade da pessoa humana que é o dever de solidariedade social. Os direitos existem para serem exercidos num contexto social, tendo em vista que é dentro de um contexto que acontecem as relações interpessoais. Entretanto não se trata de um limite à liberdade individual, tendo em vista que o que se busca alcançar em verdade é a plenitude da tutela da pessoa humana, o que deve se fazer então é buscar uma ponderação para que ora se aplique a liberdade mais amplamente e ora se aplique a solidariedade.²⁵²

O princípio da solidariedade social por sua importância serve tanto como substrato fundamento do próprio direito de danos como da proteção ao ser humano. Ela incita uma melhoria da qualidade de vida, sempre assegurando um saudável convívio social.²⁵³

A solidariedade social, como princípio jurídico que é, não pode ser considerada apenas como resultante de ações eventuais, éticas e caridosas. Esse princípio em verdade se caracteriza por buscar garantir uma existência digna, comum a todos em uma sociedade que se desenvolva livre e justa, buscando a diminuição da exclusão e da marginalidade.²⁵⁴

Da análise desses postulados mencionados pode-se extrair o substrato material da dignidade da pessoa humana e esta por si só é uma cláusula geral que visa proteger

²⁵⁰ MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.107

²⁵¹ CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: Na perspectiva de repersonalização do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 125,126 e 127

²⁵² MOARES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p.108

²⁵³ CAPPELARI, Récio. *Op. cit.* p. 100

²⁵⁴ MOARES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p.114, 115 e 117

a pessoa em suas múltiplas características, nos aspectos que lhe são próprios, compondo a sua inteireza como pessoa humana.²⁵⁵

5.2 A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA E A SUA IMPORTÂNCIA NA CARACTERIZAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

A tutela da pessoa humana se dá através da preservação de seus interesses e de uma vida digna, perpetuados pelo direito através do que se chama hoje de direitos fundamentais. Esses direitos tratam de normas escolhidas como elementares para assegurar uma vida e a livre convivência humana, digna, justa e pacífica. Tais direitos servem à proteção do indivíduo e são diretrizes para a sociedade e para o Direito, aplicadas inclusive como regras de interpretação quando se está diante de lacunas do ordenamento jurídico.²⁵⁶

Hoje não se discute mais que todo e qualquer dano à pessoa tenha que ser indenizado. Como já se foi observado no momento oportuno, o princípio do *neminem laedere* deve ser observado em sua máxima abrangência, de forma a conceder ao homem a maior e eficaz proteção possível.²⁵⁷

Então, partindo de um paradigma estabelecido pela constituição, que foi a proteção à dignidade do ser humano, todas as áreas do direito tiveram que se adequar nesse sentido, fenômeno que se chama de constitucionalização. Todas as normas devem ser observadas à luz da constituição, conforme já foi citado.

Não se tolera nenhum comportamento que venha ser contrário a essa proteção consagrada pela constituição, no sentido de que o homem por ser um complexo físico, psíquico, psicofísico e psicossomático, deve ser protegido de todas as ações e omissões que venham a afetar negativamente os aspectos acima elencados, uma vez que a existência é o modo de ser atual próprio do homem.²⁵⁸

²⁵⁵MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.128

²⁵⁶SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 28 e 29

²⁵⁷ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p. 15

²⁵⁸*Ibidem*, Loc. cit.

Almeida Neto²⁵⁹ esclarece que quando, portanto, se afirma o respeito à dignidade da pessoa humana, está sendo afirmado o indispensável respeito a uma existência digna do ser humano, o que, como visto é a mesma coisa.

Portanto, estão intrinsecamente ligados o princípio de proteção da dignidade humana, consagrado pela Constituição Federal 1988 como um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, e o instituto de direito privado chamado de dano existencial, tendo em vista que já que se busca proteger uma existência digna ao ser humano, este não pode ficar no âmbito apenas do direito público, deve também os ramos privados do direito estabelecer essa conexão com a constituição, de modo a limitar a vontade dos particulares no sentido de aplicar essas regras de proteção.

Então pode-se concluir que o dano existencial está intimamente relacionado com o princípio da dignidade humana, na medida em que para viver 'dignamente', deve ser conferido pelo ordenamento jurídico, a plena proteção à pessoa humana em todos os seus aspectos, e é justamente isso que se busca através da criação do dano existencial. Proteger o ser humano numa dimensão existencial, de como ele se apresenta no mundo, das suas relações, de como ele vive, convive.

Por exemplo, o princípio da liberdade, corolário e compositor do substrato material da dignidade da pessoa humana, confere ao indivíduo a liberdade e o poder de fazer as suas próprias escolhas de acordo com a maneira com que quer viver e delinear a sua vida. Diante disso já se percebe uma correlação entre este e o dano existencial que é justamente essa frustração que o indivíduo tem de não conseguir concretizar o seu plano, a escolha que havia feito para si no âmbito de sua liberdade em decorrência de um dano que frustrou o seu projeto de vida para o seu futuro.

Através desse instituto busca-se proteger o cotidiano do indivíduo, a sua rotina, os seus planejamentos, suas relações que são tão importantes quanto a sua personalidade, quanto à sua honra e quanto a sua imagem. Todas essas são facetas que compõem o ser humano como ser complexo que é protegê-los é conferir a proteção à pessoa humana de modo integral.

²⁵⁹ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p. 15

5.3 DANO EXISTENCIAL X A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

O problema que surge com a ampliação das situações danosas é o que vem ocorrendo com o dano moral ultimamente. A ampla utilização desse instituto fez com que houvesse um crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral o que muitas vezes ensejou reparação muitas vezes de casos esdrúxulos, demandas frívolas, que não deviam ser tuteladas pelo instituto. Muitas pessoas acabam se utilizando do dano moral para fins de enriquecimento, que não é a sua função.

Ao conceber o dano existencial acaba-se por abranger um número maior de situações danosas, o que é lógico que ocorra devido à ampliação que ele traz para o conceito de dano. Com o dano existencial muitos aspectos da pessoa humana acabariam por ser protegidos, quando não o eram pelo dano moral. O medo é que o judiciário não consiga delimitar até onde essa ampliação iria, gerando uma “indústria do dano existencial” também, uma massificação das ações baseadas nesse dano.

O dano existencial abrange, portanto, a dignidade humana que é um conceito amplo que possui dificuldade para que se encontre um limite. Diante dessa enorme abrangência do conceito de dignidade da pessoa humana, que enseja inúmeras conotações, corre-se o risco da generalização, que levada ao extremo pode gerar um grau de abstração muito grande desse princípio, tornando-o impossível de ser aplicado.²⁶⁰

Há uma certa dificuldade de definir o que seriam os direitos fundamentais, tendo em vista que existem diversas teoria que buscam conceituá-los, porém nenhuma delas é capaz de abarcar todas as suas dimensões. Fato é que houve um movimento no sentido de valorizar a pessoa humana e com ela veio à tona a necessidade de reconhecimento de plenitude do indivíduo e da necessidade de defender os seus interesses. Os direitos fundamentais então seriam esses elementos essenciais para a preservação de uma vida digna e da identidade da pessoa humana, garantindo a sua diversidade e a sua pluralidade. Dessa forma os direitos fundamentais se

²⁶⁰MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.84

consubstanciam em objetivos basilares de um ordenamento democrático e servem para a proteção do indivíduo.²⁶¹

Logo, é evidente que a existência perpassa por todas as dimensões de direitos fundamentais da pessoa humana, por isso deve se buscar uma proteção integral desta, considerando os direitos fundamentais e suas dimensões, buscando sempre plenificar a existência do homem.²⁶²

A dimensão existencial da pessoa humana envolve os seus vários aspectos, vinculando uma existência humana física, a incolumidade física, existência biológica, exercício de direitos sociais, integridade psíquica, bem-estar psicológico da pessoa natural, assim como os o direito do indivíduo de escolher e realizar as atividades que dão sentido a sua vida, desde que, obviamente estas não atentem contra o ordenamento jurídico. Nota-se então que a situação existencial humana envolve desde o conjunto de relações que envolvem o ser humano (seja em relação com pessoas ou coisas) ao mínimo existencial, que seria o mínimo necessário a uma existência digna.²⁶³

5.4 JURISPRUDÊNCIA

Alguns autores dizem inclusive que a jurisprudência brasileira tem se utilizado do dano existencial já há algum tempo, mas ainda timidamente sob o título de dano moral.

Temos por exemplo de Jurisprudência um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que trata do dano extrapatrimonial. É, embora não utilize a nomenclatura, caso de dano existencial. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL – FORNECIMENTO DE
ÁGUA – SUSPENSÃO IMOTIVADA – FATURA PAGA – VIOLAÇÃO
EFETIVA A DIREITO DA PERSONALIDADE - DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS CONFIGURADOS - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO –
MAJORAÇÃO – PRECEDENTES E PARTICULARIDADES DO CASO

²⁶¹ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p. 52

²⁶²NASCIMENTO, Maria Emília Costa. Responsabilidade Civil por dano existencial. Revista de Direito Civil nº 80, 2012, p. 52

²⁶³BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. *O fundamento Filosófico do Dano Existencial*. Revista BonisJuris. Curitiba: Instituto de Pesquisa Jurídica BonisJuris, ano XXIII, nº 577, dezembro 2011, p. 58

CONCRETO CONSIDERADAS. Majoração do quantum indenizatório, para que atenda à condição econômica das partes, à repercussão do fato e à conduta do agente. O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as consequências da violação dos bens jurídicos em jogo, sem significar enriquecimento sem causa, devendo, ainda, ter o efeito de dissuadir o réu da prática de nova conduta.²⁶⁴

O Desembargador relator Leonel Pires Ohlweiler em seu voto na apelação acima diz o seguinte:

Os danos cuja reparação é reclamada por ambas as partes litigantes estariam relacionados com os direitos da personalidade, e de forma mais ampla com a tutela da pessoa humana [...] Outrossim, a indenização por danos extrapatrimoniais partindo desta compreensão, segundo a qual está interligada com a própria ideia de dignidade humana, insere-se nos fins da ordem econômica, pois no art. 1770 da Constituição Federal, está previsto como um dos seus objetivos assegurar existência digna a todos, além da defesa do consumidor.

Ante ao argumento exposto e após a definição do dano existencial, pode-se dizer que a decisão exarada pelo desembargador de fato poderá conter esse instituto do dano existencial, embora ainda escondido sobre outras nomenclaturas quais sejam o próprio dano moral ou de dano extrapatrimonial.

Um outro acórdão para exemplificar a adoção do dano existencial no Brasil, ainda que sob o manto do dano moral é do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive traz o termo 'vida de relação'. Este termo como já apresentado neste trabalho, está amplamente ligado ao dano existencial. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Olfato. Paladar. Indenização. A perda do olfato e do paladar é causa de incapacidade que atinge gravemente a pessoa, prejudica sua vida de relação, impede-a de usufruir de alguns prazeres da vida e mesmo prejudica a defesa da sua saúde, o que exige indenização compatível. Recurso conhecido e provido em parte para deferir verba indenizatória equivalente a 400 salários mínimos.²⁶⁵

Observe-se que o dano existencial, de acordo com o conceito apresentado neste trabalho, está devidamente configurado aqui. A perda do olfato e do paladar no caso em questão retirou do indivíduo 'prazeres da vida', ou seja, lhe tirou um prazer cotidiano, diário, prejudicando o seu dia-a-dia.

²⁶⁴APEL. CÍVEL Nº. 70044580918, 9ª CAMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, RELATOR: DESEMBARGADOR LEONEL PIRES OHLWEILER, Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70044580918&num_processo=70044580918&codEmenta=4398728&temIntTeor=true> Acesso em: 04/12/2013

²⁶⁵REsp 404706/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2002, DJ 02/09/2002, p.98 Disponível em : <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=404706&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#> Acessado em: 01/12/2013

É também facilmente constatável o dano existencial no caso do Recurso Especial nº 242.598/RJ do Superior Tribunal de Justiça²⁶⁶ que condenou por danos patrimoniais e extrapatrimoniais a indústria de bebidas alcoólicas que exigia que o funcionário que exercia a função de “mestre cervejeiro” ingerisse uma determinada quantidade de cerveja por dia. ²⁶⁷

Tais condições que lhe eram impostas acabavam por tornar o funcionário alcoólatra e isso lhe acarretou alterações comportamentais e “com grave perturbação de sua vida orgânica e social e problemas de desagregação da vida familiar”. É factível portanto que esta pessoa tenha tido suas relações negativamente afetadas em

²⁶⁶ ACIDENTE NO TRABALHO. Alcoolismo. Mestre cervejeiro (BRAHMA). Embargos de Declaração. Incompetência da justiça comum. Causa de pedir. Valor do dano moral. Início do pensionamento. Dispensa da formação do capital. Valor do dano moral. Aplicação da cláusula geral do art. 159, CC. Definição da norma de conduta. Honorários advocatícios. - Não há omissão no acórdão proferido nos segundos embargos de declaração que deixa de apreciar a questão da incompetência da Justiça Comum para julgar ação de indenização de dano provocado em acidente no trabalho, se somente depois disso é suscitada nos autos. - Proposta a ação com base no direito comum, assim pode ser deferido o pedido indenizatório, sem ofensa ao art. 264 do CPC. - A definição do alcoolismo do autor como decorrência da sua obrigação de ingerir diariamente considerável quantidade de álcool decorreu do exame da prova dos autos, por testemunhas e perícias. Para isso, independia de previsão na tabela da Previdência Social. - A estipulação do valor da indenização por dano moral, que pode ser revista neste Tribunal quando contrariar a lei ou o bom senso, não está restrita aos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações ou da Lei de Imprensa. Porém, no caso, o valor deve ser reduzido de cinquenta para doze vezes a remuneração do autor. Vencido, nessa parte, o Relator. - Para a definição da culpa como elemento da responsabilidade prevista no art. 159 do CCivil, deve o juiz definir previamente qual a regra de cuidado que deveria ter sido obedecida pelo agente naquelas circunstâncias, pois assim o exige a técnica apropriada à aplicação da cláusula geral, classificação a que pertence o referido art. 159. Assim procedendo, a eg. Câmara fez exemplar aplicação da técnica judicial e não violou a lei, muito especialmente não causou ofensa ao disposto nos arts. 126 e 127 do CPC, sequer empregou juízo de equidade, como alegou a empresa recorrente. - Culpa da empresa de cervejas, que submeteu o seu mestre-cervejeiro a condições de trabalho que o levaram ao alcoolismo, sem adotar qualquer providência recomendável para evitar o dano à pessoa e a incapacidade funcional do empregado. - Desnecessidade de formação de capital, bastando a inclusão em folha de pagamento, considerando-se o porte da devedora. - O pensionamento deve iniciar com a data do evento, este definido como sendo o dia a partir do qual teve reduzida a sua remuneração, passando a receber auxílio-doença; da mesma data devem ser contados os juros, tratando-se de ilícito absoluto. - O valor da pensão corresponde ao da perda decorrente da incapacidade para o exercício da profissão que desempenhou até aquela data. A possibilidade de desempenhar outro serviço, além de ser remota - considerando-se as condições pessoais do autor e da economia, com aumento da taxa de desemprego - não deve servir para diminuir a responsabilidade da empresa que causou o dano. - Os honorários, sendo caso de responsabilidade extracontratual, por ilícito absoluto, devem ser calculados na forma do par. 5º. do art. 20 do CPC. Vencido, nessa parte, o Min. Barros Monteiro. - A verba honorária sobre o valor da condenação já leva em conta a sucumbência parcial. Recurso da empresa conhecido em parte e provido. Recurso do autor conhecido em parte e nessa parte provido. (REsp 242598/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2000, DJ 27/11/2000, p. 168) disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=242598&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3> Acesso em: 01/12/2013

²⁶⁷SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 89

decorrência do problema com álcool. Foram afetados seus reflexos, discernimento, saúde, etc.²⁶⁸

Todas as seqüelas que trouxeram algum malefício ao cotidiano da pessoa caracterizam o dano existencial. Portanto, neste caso concreto embora tenha sido reconhecido sob a égide de dano moral, flagrante é que houve a ocorrência de um dano existencial.²⁶⁹

Já em outro acórdão, o Tribunal do Rio Grande do Sul, o dano existencial é de fato reconhecido, e não mais sob o manto do dano moral. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PERMISSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. MOTOTÁXI. DEVER DE INDENIZAR. - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS - LEI MUNICIPAL INCONSTITUCIONAL - Tratando de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, consistente em lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário é necessário que a comprovação do nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido. Hipótese na qual a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, que regulamentava os serviços de transporte individual de passageiros denominado mototáxi, causou danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial ao autor que com o município demandado firmou contrato individual de permissão dos serviços de transporte, após ter preenchido todos os requisitos exigidos na licitação. **Rescisão do contrato que repercutiu significativamente na vida cotidiana do autor. Dano existencial configurado.** Nexos causal entre o dano e a lei municipal inconstitucional. - DANOS PATRIMONIAIS - Não é devida a quantia relativa aos juros do financiamento para a compra da motocicleta, porque não constitui dano ao autor, mas, sim, acréscimo ao seu patrimônio, em razão de ter adquirido um veículo zero quilômetro. Devida a despesa pela pintura do veículo para atender o requisito do decreto regulamentador, com a ressalva de que tal valor não diz respeito à depreciação do bem. Igualmente devida a importância concernente ao pagamento de todas as despesas relativas à regulamentação e legalização para a atividade de mototaxista. Pedido de dano patrimonial em parte procedente. - DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - **Os danos extrapatrimoniais também se referem à esfera existencial da pessoa humana, impondo-se o dever de indenizar quando houver ofensa aos direitos da personalidade.** Compreensão a partir do artigo 1º, III, CF, princípio da dignidade da pessoa humana. - QUANTUM DA REPARAÇÃO - O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as conseqüências da violação dos bens jurídicos em jogo, sem significar enriquecimento sem causa. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDOS. UNÂNIME.²⁷⁰ (grifo nosso)

²⁶⁸SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 90

²⁶⁹*Ibidem*, p.44.

²⁷⁰Apelação Cível Nº 70040239352, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012 disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi

A jurisprudência acima apresenta e aplica corretamente o conceito de dano existencial apresentado neste trabalho. Vê-se que o dano existencial restou configurado porque a rescisão do contrato de trabalho repercutiu de forma significativa na vida do autor, atrapalhando a sua atividade cotidiana.

Insta observar o que diz o desembargador relator no corpo do acórdão acerca do dano existencial:

Do contexto probatório, não há como não reconhecer que a situação vivenciada pelo autor, que com o Município demandado firmou contrato de permissão de serviço de transporte individual de passageiros "moto-táxi", conforme licitação, na modalidade concorrência nº 010/02 (documento de fls. 42-49), depois de ter preenchidos todos os requisitos exigidos, teve sua vida cotidiana atingida, com alteração significativa na sua normalidade, com a rescisão do aludido contrato devido à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.471/01. Isso porque, com a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, viu-se desprovido, de um momento para outro, da possibilidade de trabalhar como mototaxista, repercutindo na sua vida e nas relações com as pessoas de seu convívio. Na hipótese dos autos, restou configurado onexo causal entre a lei declarada inconstitucional e o dano ocorrido, tanto em relação à violação da honra subjetiva, como a prática do dano existencial.

Não há impedimento que o dano existencial por exemplo, incida na área trabalhista conforme se pode perceber, esse instituto já foi adotado pelo direito do trabalho e insta se observar a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região no Processo nº 0002125-29.2010.5.04.0203 AIRR:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso do reclamante provido.²⁷¹

%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040239352&num_processo=70040239352&codEmenta=4795193&temIntTeor=true> Acesso em: 01/12/2013
²⁷¹ Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. Acórdão do processo 0002125-29.2010.5.04.0203 (RO)Data: 20/03/2013 Origem: 3ª Vara do Trabalho de Canoas Redator: JOSÉ FELIPE LEDUR Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:X6bLDxLFWKsJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D45190274++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-12-04..2013-12-04++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acesso em 05/12/2013

Segundo Flaviana Soares²⁷² pode-se encontrar o dano existencial no direito do trabalho, na medida em que se constatar situações degradantes para o empregado modificando de forma prejudicial a sua rotina, principalmente quando essas situações dizem respeito ao horário em que ele não está diretamente envolvido na atividade laboral para a qual foi designado.

A situação acima é justamente esta tendo em vista que as horas extras fora do limite permitido por lei impostas pelo empregador ao empregado de forma recorrente vêm a alterar significativamente a rotina do empregado, o que pode levar sim a gerar um dano existencial.

Esses são apenas alguns exemplos da jurisprudência pátria aplicando o dano existencial, algumas vezes sob o manto do dano moral e outras reconhecendo o dano existencial mesmo.

5.5 DANO EXISTENCIAL: APLICÁVEL AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

O ordenamento jurídico brasileiro, observado em sua inteireza, consagra a pessoa humana como pedra angular de todo o sistema. Por conta disso, busca através das leis e da Constituição protegê-la em todos os seus aspectos e dimensões. Diante disso não há como negar que o dano existencial existe e, sim, é possível que ele seja aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. O problema que pode vir a surgir consiste na aplicação desse dano de forma equivocada.

A nomenclatura adotada para definir esse dano também acaba por dificultar um pouco a sua aplicação. Veja-se: ao pensar num dano à existência surgem aí inúmeras possibilidades de configurar esse tipo de dano, que como já visto envolve uma dimensão muito ampla do ser humano tendo em vista que tutela às suas relações, expectativas e tudo que venha a refletir na sua existência digna. Entretanto, não cabe ao Direito, de forma geral, tutelar toda e qualquer frustração que o ser humano venha a ter na vida. Esse não é o papel do Direito.

²⁷² SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.75

Sem adentrar muito no tema, o papel do Direito consiste em ao mesmo tempo estabelecer um dever-ser que almeja a sociedade alcançar sem deixar ao mesmo tempo de ser um reflexo dela. Cabe ao Direito estabelecer diretrizes de como a sociedade deseja funcionar, estabelecer os limites das relações entre as pessoas, tutelando os bens que achar mais relevantes. Ao Direito, como reflexo da sociedade atual, cabe tutelar os seus anseios o que inclui sim a proteção da pessoa humana em seus mais diversos aspectos. Entretanto, há aspectos que não cabe ao direito tutelar. Há coisas que são deveras insignificantes ou que não é a essa ciência humana atribuída.

A comunidade jurídica tem apontado suas armas para a própria expansão do dano ressarcível. O alvo parece equivocado a princípio na medida em que ao expandir a ressarcibilidade estaria se ampliando legitimamente a tutela dos interesses individuais e coletivos, sendo que antes a sua invocação sem nenhum fundamento a causa das críticas feitas pela doutrina e a banalização da atuação dos tribunais.²⁷³

Entende Anderson Schreiber²⁷⁴ que no atual contexto seria válido difundir a compreensão do dano como meio de seleção dos interesses mercedores de tutela.

No direito brasileiro ao analisar o princípio da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais percebe-se que estes dispositivos são aptos a admitir a ressarcibilidade do dano existencial. O próprio Código Civil de 2002, lei 10.406 de 2002, permite a reparabilidade por dano existencial nos mesmos moldes que a do dano moral. Basta observar os artigos 12, caput, 186 e 927, entre outros do ditame acima.²⁷⁵

Maria Emília Costa do Nascimento²⁷⁶ defende que o dano existencial é perfeitamente cabível e tutelável pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as cláusulas gerais e os fundamentos constitucionais da responsabilidade civil.

Ao observar esses artigos percebe-se o que de fato poderia ser um respaldo na lei brasileira para a aplicação dessa categoria de dano que é o dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁷³SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 192.

²⁷⁴*Ibidem*, p.193

²⁷⁵ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.17

²⁷⁶NASCIMENTO, Maria Emília Costa. *Responsabilidade Civil por dano existencial*. Revista de Direito Civil nº 80, 2012, p. 43

Fato é também que mesmo de forma tímida esse instituto vem sendo aplicado pelo judiciário brasileiro. Este é um dano que figura no âmbito da lesão e, portanto, poderá dar ensejo tanto a danos patrimoniais como extrapatrimoniais, já que estes dois últimos figuram no âmbito do prejuízo.

Tanto a Constituição Federal como o Código Civil apresentam dispositivos que dão abertura para a aplicação do dano existencial no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que no caput do art. 5º da carta Magna declara expressamente a proteção à vida, à liberdade, igualdade, segurança, propriedade, etc. Mesmo que o texto constitucional não tenha utilizado a melhor metodologia para garantir a proteção aos danos imateriais, ainda assim o fez, sob o manto do dano moral.²⁷⁷

No tocante ao Código Civil, encontra-se fundamento para a reparabilidade do dano existencial nos mesmos dispositivos que autorizam a reparabilidade do dano moral, como os art. 186, 927, 949, e até do 12, caput.²⁷⁸

Flaviana Soares²⁷⁹ insta esclarecer que ao tratar dos danos morais, o constituinte empregou o termo como se fosse sinônimo de 'dano extrapatrimonial', do qual o dano moral em verdade é apenas espécie.

Os argumentos contrários ao dano existencial alegam que essa categoria configuraria um "modismo", posto que apenas se estaria conferindo uma nova roupagem a danos que já são conhecidos, inclusive que sob o manto desse dano pode-se obter indenizações com valores vultuosos. Além disso declaram que é difícil de ser visualizado o dano existencial tendo em vista que as pessoas reagem de maneira diferente aos danos que lhe são causados.²⁸⁰

Entretanto, a caracterização do dano existencial pelo ordenamento jurídico brasileiro enseja uma notável evolução da responsabilidade civil, pois uma nova classificação facilita o estudo da matéria e na prática isso refletiria no momento de elencar a causa de pedir na demanda. Tendo em vista que a indenização por esse dano

²⁷⁷SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.60

²⁷⁸ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *A dimensão existencial da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2005, p.33

²⁷⁹SOARES, Flaviana Rampazzo. *Op. cit* p.61

²⁸⁰*Ibidem*, p.63

confere ao juiz uma discricionariedade no momento de quantificá-la caberá a ele fixá-la com prudência e com razoabilidade, observando sempre o caso concreto.²⁸¹

No que concerne à dificuldade de se identificar o dano existencial, esse argumento cai por terra porque suas características, como elencadas nesse trabalho são únicas e facilmente se poderá identificá-las no caso concreto.²⁸²

Portanto é cabível a aplicação do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, desde que se estabeleçam para ele os limites estabelecidos para os outros danos. Esse é um dano que se configura a partir do elemento da lesão que é uma das facetas do dano. Não há que se falar num prejuízo existencial. O prejuízo, conforme já foi dito, só atinge duas facetas: uma patrimonial e outra extrapatrimonial. O dano existencial poderá ensejar as duas, embora seja facilmente visto como um dano extrapatrimonial.

²⁸¹SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.64

²⁸² *Ibidem, loc. cit.*

6 CONCLUSÃO

A principal problemática deste trabalho foi a discussão sobre se seria possível a aplicação do instituto do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma isso se daria.

Para se obter uma resposta deste questionamento procurou-se discutir primeiramente o conceito de dano. Discutiu-se como surgiu esse conceito, apresentando-se as teorias que foram criadas no sentido de defini-lo, que foram a teoria da diferença e a teoria do interesse. Percebeu-se que além de definir o dano era necessário para que esse configurasse como um elemento da responsabilidade civil a necessidade de preencher alguns requisitos, a começar pela configuração de uma lesão a um bem juridicamente tutelado, que deveria ter uma certa relevância para o Direito, além de ser certo e possuir a característica da subsistência.

Também durante essa análise do dano observou-se que este possuía dois aspectos: um relacionado ao âmbito da lesão e outro relacionado ao âmbito do prejuízo, de onde vão decorrer respectivamente as espécies de danos que hoje permeiam o sistema jurídico civilista.

Parte-se então para classificar esses danos de acordo com a divisão acima explicada: quanto a lesão e quanto ao prejuízo. No que concerne a lesão existem inúmeros campos de danos quais sejam: dano à honra, dano moral propriamente dito, dano à imagem, dano estético, e até mesmo o próprio dano existencial.

Quanto ao âmbito do prejuízo só poderiam haver dois tipos de danos: os patrimoniais e extrapatrimoniais. Os patrimoniais são aqueles que tem a ver com os bens valoráveis economicamente, atingindo diretamente o patrimônio do indivíduo. Enquanto que os extrapatrimoniais ultrapassam essa ideia, atingindo o indivíduo em outras esferas que não envolvem o patrimônio.

Restou claro que os danos extrapatrimoniais foram submetidos a nomenclatura de danos morais pelo legislador constituinte e pelo legislador ordinário, que ao utilizar o termo 'dano moral' tanto na Constituição Federal como na legislação ordinária quis em verdade referir-se e tutelar os danos extrapatrimoniais.

Após apresentar todos esses conceitos, buscou-se aprofundar neste trabalho o conceito do dano moral, perpassando desde o seu conceito, a sua evolução histórica e à sua tutela indenizável.

Neste momento, ao conceituar o dano moral percebe-se que este, de maneira ampla, é aplicado como dano extrapatrimonial. Esses institutos viraram sinônimos, e até jurisprudencialmente o dano moral é aplicado dessa forma. Embora seja assim, há um dano moral propriamente dito, que seria subjetivo atingindo o ser humano em sua esfera mais interna, e também os direitos da personalidade. Entretanto, o dano moral, da forma que é aplicado não se resume só a isso.

O dano moral busca proteger a dignidade da pessoa humana, esse é o seu verdadeiro objeto. Após conceituar o dano moral, perpassou-se pelo seu desenvolvimento ao longo da história, explicando como surgiu o dever de indenizar por um dano que não afetasse o patrimônio. Também neste momento foi analisado como surgiu a responsabilidade civil por dano moral e de que forma ela é aplicada hoje, fazendo uma análise primeiramente do seu não reconhecimento que depois passou para uma posterior dependência do dano material e após sua independência chegando a uma discussão bastante atual acerca da natureza dessa indenização, discutindo-se a sua natureza compensatória e punitiva e a forma de aplicação desses institutos.

Após delinear os contornos e aspectos do dano moral, instou-se a conceituar o dano existencial, cerne da discussão deste trabalho. A partir desse momento buscou-se primeiramente uma definição do dano existencial para que posteriormente se pudesse diferenciá-lo de outros tipos de danos como o dano moral, estético e biológico. Reconheceu-se a sua autonomia em relação a esses outros danos.

Foi necessário para se chegar a essa conclusão perpassar por todo o contexto histórico em que esse dano surgiu, tendo em vista que este é um instituto que surgiu primeiramente no direito italiano, e que só depois veio a discutir se ele passaria a figurar no direito brasileiro.

O dano existencial foi classificado em duas espécies: o dano a vida de relação e o dano ao projeto de vida, ambas importantes figuras para delimitação do conceito do dano existencial. Ao delimitar o conceito do dano existencial fica mais fácil visualizá-lo como figura independente e separada dos outros danos.

Por fim, chegou-se à discussão da questão principal do problema apresentado qual seja, a aplicação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro foi necessário observar o princípio que durante todo esse trabalho esteve presente: a dignidade humana.

Instituto consagrado pela Constituição Federal de 1988, que trouxe essa importância dada a figura humana para o centro do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade é um preceito fundamental da República Federativa Brasileira.

Não só no Brasil, a pessoa humana passou a ser o centro da grande maioria dos ordenamentos jurídicos, consagrando a importância do ser humano nas sociedades, de que ele passasse a viver dignamente, com seus pares, de maneira livre e igualitária. Assim foi se construindo uma ideia em torno dessa proteção a pessoa humana, para que essa passasse a viver com dignidade. Essa proteção obviamente ensejou um fenômeno de Repersonalização do Direito Civil que agora passava a ser observado a partir dos moldes que fossem estabelecidos pela constituição.

Como a Constituição consagrava a proteção da pessoa humana, assim teria que ser para todas as áreas do direito, inclusive para aquele ramo que tutelasse as relações privadas, que gozavam de uma maior autonomia da vontade.

Diante disso vê-se a necessidade de proteger o ser humano em todos os seus aspectos, e aí se observa a importância de caracterizar o dano existencial e aplicá-lo ao direito brasileiro tendo em vista que ele protege o ser humano num aspecto muito amplo qual seja os seus projetos de vida futuros e as suas relações cotidianas.

Portanto, é sim o dano existencial uma categoria autônoma de dano que tem o seu próprio objeto diferenciando-se do dano moral propriamente dito e de outros tipos de dano. Ele é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a pedra angular deste ordenamento passa a ser a pessoa humana e a sua dignidade. Então ao se estabelecer o dano existencial como categoria autônoma se está buscando exercer essa finalidade do ordenamento jurídico brasileiro que é a proteção da pessoa humana e o estabelecimento de sua dignidade de forma plena.

Em que pese o entendimento de que é possível aplicar o dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, não se defende nesse trabalho que este seja um dano independente ao ponto de constituir um novo tipo de prejuízo, assim como tem sido feito com o dano estético recentemente. O dano existencial é um novo dano no

âmbito da lesão. No que concerne ao âmbito do prejuízo, reforça-se a tese de que só podem haver dois tipos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. A dimensão existencial da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. nº 24, ano 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, Outubro/Dezembro 2005, p. 21-53.

BAPTISTA, Silvio neves. **Teoria Geral do Dano**: De acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

BEBBER, Julio César. Danos Extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial) – Breves Considerações. **Revista LTr**, ano 73-01. São Paulo: Editora Ltda., janeiro/2009, p. 26-29.

BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves. A Dimensão Existencial da Pessoa Humana, o Dano Existencial e o Dano ao Projeto de Vida: Reflexões à Luz do Direito Comparado. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.411, ano 106, Setembro/Outubro 2010, p.97-130

_____. O fundamento Filosófico do Dano Existencial. **Revista BonisJuris**. Curitiba: Instituto de Pesquisa Jurídica Bonisjuris, ano XXIII, nº 577, dezembro 2011, p. 35-42

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Thiago Carvalho. Uma Reflexão sobre o Dano Estético. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, 2012, v. 4, p. 309-320

_____. Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, Salvador, v. 2, 2010, p. 439-453

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002

_____. **Lei nº 3.071** de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1º jan 1916, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>, acesso em: 05/12/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 418.277 SP. Proc. nº 2013/0351207-0, Agravante: Unimed Paulistana cooperativa de trabalho médico, Agravado: Tânia Santos de Ávila Ribeiro Poppi, Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ de 11/11/2013, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=32357405&sReg=201303512070&sData=20131111&sTipo=5&formato=PDF>, Acesso em: 02/12/2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 404706/SP, Recorrente: Lilian Chiar Oni, Recorrido: Viação Cometas S/A e Companhia Real Brasileira de Seguros, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma, julgado em 27/06/2002, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=448484&sReg=200200037539&sData=20020902&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 01/12/13

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 242598/RJ, Recorrente: Bern Navek e Companhia Cervejaria Brahma, Recorrido: Marcelo Robero Ferro e Outros, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma, julgado em 16/03/2000, Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=277599&nreg=199901157790&dt=20001127&formato=PDF>> Acesso em: 04/12/2013

BRUNO, Giuliana Recupero. **Il danno esistenziale nel contesto del danno risarcibile. I nuovi argomenti suggeriti dalla sent. n. 7713/2000 della Corte di Cassazione.** Diritto. Disponível em: <<http://www.diritto.it/articoli/civile/bruno.html>> Acessado em: 01/12/2013.

CAPPELARI, Récio. **Os novos danos à pessoa: Na perspectiva de repersonalização do direito.** 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil.** 25.ed. São Paulo: Saraiva

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 2: Obrigações,** 7. ed. Salvador: jusPODIVM, 2013.

FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da tutela a pessoa humana: Enfoque no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado nº 54,** 2013, p. 11-43

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano.** Disponível em: <<http://www.ilcodicecivile.it/>> Acesso em: 05/12/2013

_____. La Corte Suprema Di Cassazione Sezione Prima Civile n. 7713 de 7 de junho de 2000, Pres. Reale, Rel. Morelli Disponível em: <http://www.legge-e-giustizia.it/index.php?option=com_content&task=view&id=2838&Itemid=149> Acesso em: 05/12/2013

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Ezequiel. Brevíssimas Considerações sobre o Dano Existencial. **Revista de Direito Civil**, nº 80 – Nov-Dez/2012, p. 84

NASCIMENTO, Maria Emília Costa. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. **Revista de Direito Civil** nº 80 – Nov-Dez/2012, p. 37-56

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porte de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: LED editora de direito, 2003

REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, dano e responsabilidade: Estudo da relação. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, v.5, p. 111-121

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70015366263. Décima Quinta Câmara Cível. Apelante: Ilza Homem de Oliveria, Apelado: Banco Santander Brasil S. A, Relator: Des. Vicente Barroco de Vasconcelos. Julgado em 07 de junho de 2006, disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70015366263&num_processo=70015366263&codEmenta=1448725&temIntTeor=true> acessado em: 02/12/2013

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70044580918. Nona Câmara Cível. Apelante: Aparecida Conceição Mendes de Oliveira, Apelado: Companhia Rio Grandense de Saneamento – CORSAN, Relator: des. Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 19 de outubro de 2011, disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70044580918&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 04/12/2013

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70040239352, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Apelante: Município de Santa Maria, Apelado: Valdemir Parcianello Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012 disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040239352&num_processo=70040239352&codEmenta=4795193&temIntTeor=true> Acesso em: 01/12/2013

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. Acórdão do processo 0002125-29.2010.5.04.0203 (RO)Data: 20/03/2013 Origem: 3ª Vara do Trabalho de Canoas Redator: JOSÉ FELIPE LEDUR Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:X6bLDxLFWKsJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D45190274++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-12-04..2013-12-04++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acesso em 05/12/2013

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 994.03.112944-1. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Testa Marchi, julgado em 02 de março de 2010, disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4341150>> Acesso em: 02/12/13

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade - ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**, Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Ed. Atlas S.A. 2011

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TAQUES, Thaissa. **A “indústria do dano moral” – Estratégias para empresas não serem alvos de avalanches processuais**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242741776174218181901.pdf>>, Acessado em: 02/12/2013