

O DANO MORAL EM UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

EL DAÑO MORAL EN UNA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Fernando Moreira Freitas da Silva (*)

RESUMO

O direito civil tem observado, nas últimas décadas, uma radical mudança de paradigma. Abandona-se uma visão centrada no patrimônio e passa-se a focar na pessoa humana. Migra-se de um "direito do ter" para um "direito do ser". Trata-se do fenômeno denominado constitucionalização do direito privado. Nesse novel contexto, a pessoa humana ganha relevo, impondo aos juristas o dever de considerá-la como um núcleo axiológico central do ordenamento jurídico. Como consequência dessa mudança de paradigmas, no campo da responsabilidade civil, surge a tarefa do jurista de garantir uma ampla tutela da pessoa humana, assegurando que não subsista dano sem a consequente reparação. Nessa perspectiva, questiona-se o real conceito de dano moral, ou seja, deve ser entendido como consequência da lesão ou como violação a direitos da personalidade. Sustenta-se, em um contexto civil-constitucional, a necessidade de o conceito de dano moral distanciar-se das consequências da lesão para ser compreendido como violação a direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil-Constitucional; Dignidade da pessoa humana; Responsabilidade civil; Dano moral.

RESUMEN

El derecho civil ha observado, en las últimas décadas, un radical cambio de paradigma. Se abandona una visión centrada en el patrimonio y se pasa a focar en la persona humana. Se migra de un "derecho del tener" para un "derecho del ser". Se trata del fenómeno denominado constitucionalización del derecho privado. En ese novel contexto, la persona humana gana relieve, imponiendo a los juristas el deber de considerarla como un núcleo axiológico central del ordenamiento jurídico. Como consecuencia de ese cambio de paradigmas, en el campo de la responsabilidad civil, surge la tarea del jurista de garantizar una amplia tutela de la persona humana, asegurando que no subsista daño sin la consecuente reparación. En esa perspectiva, se cuestiona el real concepto de daño moral, o sea, debe ser entendido como consecuencia de la lesión o como violación a derechos de la personalidad. Se sostiene, en un contexto civil-constitucional, la necesidad del concepto de daño moral aislarse de las consecuencias de la lesión para ser comprendido como violación a derechos de la personalidad.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Civil-Constitucional; Dignidad de la persona humana; Responsabilidad civil; Daño moral.

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Mato Grosso. Especialista em Gestão Pública pela Universidade de Cuiabá. Pós-graduando em Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais pela PUC-RJ. Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: fmando81@bol.com.br.

INTRODUÇÃO

No momento jurídico atual, muito se fala na constitucionalização do direito civil, ou seja, na mudança de paradigma desse ramo do direito, que passa a privilegiar, com uma tutela qualitativamente diferenciada, as relações existenciais, abandonando o ranço patrimonialista, que sempre dominou o campo do direito privado.

A constitucionalização do direito civil representa a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público, de um lado, e o direito privado, de outro (KLEE, 2008, p.72), trazendo significativos efeitos sobre o tema da responsabilidade civil, em especial, sobre o dano moral.

A renovação provocada pela constitucionalização do direito civil, reflexo da preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais adequada aos problemas sociais, afastou, definitivamente, a relutância daqueles vinculados ao equivocado entendimento de não ser possível compensar a dor moral com dinheiro (CAHALI, 2011, p.17). Assim, com a consagração definitiva do dano exclusivamente moral no texto constitucional (art. 5º, incisos V e X), foram superadas as antinomias outrora existentes a respeito da reparabilidade do dano moral puro e de sua cumulação com o dano material.

No entanto, na fase atual, surge nova controvérsia doutrinária a respeito da definição do conceito do instituto, ou seja, sob o novo paradigma civil-constitucional, à luz dos princípios emanados da Constituição da República de 1988, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, qual seria a nova conceituação do dano moral?

O presente trabalho se propõe a demonstrar os reflexos do fenômeno da constitucionalização do direito civil sobre a responsabilidade civil, em especial, sobre a conceituação do dano moral, ponto de partida para o equacionamento de todas as questões relacionadas ao instituto, sobretudo para identificar quais os interesses considerados merecedores de tutela.

Para a consecução do propósito do presente capítulo, será utilizado o método dedutivo, partindo-se de fenômenos macros como a constitucionalização do direito civil e a relevância da dignidade da pessoa humana. Em um segundo momento, será abordada a evolução da teoria da responsabilidade civil, desembocando no dano moral e na particularidade de sua conceituação em uma perspectiva civil-constitucional.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A constitucionalização do direito civil configura verdadeira reviravolta ocorrida no âmbito do direito civil. Tal fenômeno fez com que a Constituição assumisse o papel de eixo central e harmonizador do ordenamento jurídico brasileiro, impondo a necessidade de o intérprete proceder à conexão axiológica entre a codificação civil e a Carta Magna, a fim de conferir um sentido uniforme às cláusulas gerais a partir dos princípios constitucionais (TEPEDINO, 2003b, p.13).

Resultado do desenvolvimento social, cultural e jurídico, ocorrido no direito brasileiro, a constitucionalização do direito civil tem se mostrado determinante para superar, definitivamente, a ideia de centralidade do Código Civil como vetor sistematizado do direito privado.

Nessa esteira, prega a doutrina que as normas de direito privado sejam lidas de acordo com os princípios estabelecidos pela Constituição, que está no vértice do ordenamento pátrio (KLEE, 2008, p.75). Desse modo, a funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição tornou-se uma consequência necessária do respeito obrigatório à hierarquia das fontes (MORAES, 2006, p.235).

De fato, o Código Civil de 2002 e o antecedente de 1916 perderam a posição central que desfrutavam no sistema, de modo que a concepção de proteção da vida individual deu lugar à noção de integração do homem à sociedade, reafirmando a tendência a uma justiça social.

A expressão “constitucionalização do direito civil” significa que os conceitos fundamentais do Direito Civil vêm sendo estabelecidos, prioritariamente, no mesmo texto das constituições (REALE, 2005, p.262).

Gustavo Tepedino preconiza a leitura da lei civil de acordo com o texto constitucional:

não há dúvidas que as normas constitucionais incidem sobre o legislador ordinário, exigindo produção legislativa compatível com o programa constitucional, e se constituindo em limite para a reserva legal. Por outro lado, produzem efeitos no plano interpretativo, reclamando uma leitura da lei civil conforme o texto constitucional, postulando cada vez mais acatado entre os constitucionalistas. (...) o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica. (TEPEDINO, 2006, p.41-42).

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que a nova ordem jurídica, estabelecida pela Constituição da República de 1988, foi a responsável pela promoção da constitucionalização do Direito Civil:

São os valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem *informar* o sistema como um todo e, especialmente, o Código Civil. Eis a chave de leitura para se entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil, que se torna ainda mais urgente quando da interpretação de um diploma recém-promulgado (MORAES, 2003b).

Eugênio Facchini Neto (2003, p.35-37) sustenta que tal fenômeno estaria ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, a distinção entre princípios e regras, a interpretação conforme a Constituição etc.

A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta importantes consequências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida pelo Código ao indivíduo para proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil (MORAES, 2000, p.57), sem ocasionar, com isso, arbitrariedades ou violar a esfera da autonomia individual.

De fato, os textos constitucionais, ao definirem princípios antes reservados exclusivamente ao Código Civil, empreenderam radical transformação no Direito Civil. No entanto, o efeito dessa alteração, na interpretação e na aplicação dos institutos civilísticos, apesar de notável, ainda não está completamente realizada.

Diversos obstáculos e novos problemas se põem à metodologia civil-constitucional, no século XXI. O principal deles é a promulgação do Código Civil apenas no ano de 2002, sendo elaborado em décadas anteriores. Observa Maria Celina (MORAES, 2006, p.236), com razão, que a análise dos diversos anacronismos e deficiências existentes no atual texto civil, elaborado na década de 1970, apontam para entendimentos que se opõem ao movimento de personalização operacionalizado pela doutrina e jurisprudência. Por tal razão, a opção por uma visão focada na pessoa humana impõe ao jurista a necessidade de uma modernização dos próprios instrumentos jurídicos, como a teoria da interpretação, que passa a guardar observância não apenas ao direito interno, mas também ao direito internacional (PERLINGIERI, 2002, p. 12).

Neste momento, portanto, e talvez mais firmemente do que antes, será preciso persistir no esforço de conferir aos institutos civilísticos a interpretação mais condizente com a tábua axiológica prevista na Constituição.

2 A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

É importante visualizar a transformação a que se sujeitou o direito nas últimas décadas, no sentido de valorizar o ser humano em sua plenitude, com a preservação daqueles direitos que são imanentes à sua personalidade. Isso porque a Constituição Federal de 1988, ao elencar logo no seu primeiro artigo, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a prevalência da tutela da pessoa humana como constante a ser seguida pelo ordenamento, a própria finalidade-função ou razão de ser do Direito (COMPARATO). No mesmo sentido, transcreve-se:

Quando a Constituição Federal elencou no seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e da personalidade humana, garantindo assim o respeito absoluto ao indivíduo, propiciando-lhe uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, como pelo Estado (ALMEIDA NETO).

Pode-se dizer que a elevação da dignidade da pessoa humana como princípio supremo da ordem jurídica resultou na proteção concreta dos direitos da personalidade pela cláusula geral de tutela protetiva, dando privilégio aos valores existenciais da pessoa humana em detrimento dos valores meramente patrimoniais. Adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito.

A respeito da opção axiológica do constituinte brasileiro em eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, ensina Gustavo Tepedino:

Ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o Constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa. Vale dizer, família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, bem como quaisquer microcosmos contratuais devem permitir a realização existencial isonômica, segundo a óptica da solidariedade constitucional. Sendo assim, não configuram espaços insuscetíveis ao controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de direito público quanto

nas de direito privado. Não se poderia admitir a democracia nas ruas e a intolerância na vida privada (TEPEDINO, 2003c).

José Afonso da Silva afirma que

(...) a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (...) Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional (SILVA, 2005, p.38).

Dessa forma, o que se percebe, em última análise, é que

(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2002, p.64).

É no contexto de um direito civil constitucionalizado, preocupado em garantir ampla tutela à pessoa humana, que se pretende a releitura dos institutos da responsabilidade civil, notadamente do dano moral.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO E O DANO INJUSTO INDENIZÁVEL

No entendimento da doutrina tradicional, a responsabilidade civil pode ser entendida como a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viole um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei (STOCO, 2007, p.116), na aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por que ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2009, p.34). A responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca danos às outras pessoas e que impõe o dever sucessivo de indenizar aquele que sofreu alguma espécie de dano (PINTO, 2011, p.453). Em suma, é o princípio geral de direito que impõe àquele que causa dano a outrem o dever de reparar (RODRIGUES, 1989, p.13).

Efetivamente, a ideia central da responsabilidade civil é a reparação do dano. Nesse sentido, oportuna a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante* (CAVALIERI FILHO, 2007, p.13).

Historicamente, doutrina e jurisprudência pátrias estabeleceram uma estreita classificação dicotômica do dano injusto indenizável em dano patrimonial – aquele que ofende diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica de uma pessoa, causando-lhe um prejuízo econômico – e dano moral – aquele que provoca abalo psicológico, emocional, aflição, dolorosa sensação ou angústia a uma pessoa.

Silvio Rodrigues adverte que, anteriormente à promulgação da Constituição da República de 1988, na vigência do Código de 1916, a doutrina buscava analisar se os danos puramente morais, ou seja, aqueles que não têm repercussão de caráter patrimonial, seriam ou não indenizáveis (RODRIGUES, 1989, p.205).

De fato, na vigência do Código de 1916, muito se discutiu acerca da reparabilidade do dano moral. A condenação a título de dano moral era tolerada e aplicada, apenas, com base em escassas decisões de tribunais superiores, que sustentavam seu cabimento se cumulado aos danos de natureza material. Nesse sentido, as lições de Silvio Rodrigues:

Muitas são as objeções levantadas contra a reparação do dano moral, a partir daquela que reputa imoral, se não escandaloso, discutir-se em juízo os sentimentos mais íntimos, bem como a dor experimentada por uma pessoa e derivada de ato ilícito praticado por outra. Dentre essas objeções é mister destacar as mais importantes, a saber: a) a falta do efeito durável do dano meramente moral; b) a dificuldade em descobrir-se a existência do dano; c) a indeterminação do número de pessoas lesadas; d) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro da extensão do dano moral; e) o ilimitado poder que se tem de conceder ao juiz para avaliar o montante compensador do dano meramente moral (RODRIGUES, 1989, p. 206-207).

Acrescenta o jurista, ainda, o posicionamento dominante do Supremo Tribunal Federal, nas décadas passadas, que proclamava ser irressarcível o dano moral: “Não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material” (RODRIGUES, 1989, p.209).

Apesar de o Código Civil de 1916 ter estabelecido que a todo direito corresponderia uma ação que o assegurasse (art. 75), não existia no ordenamento jurídico previsão específica de reparabilidade do dano moral puro. É certo que o revogado diploma previa, de forma expressa, algumas hipóteses de reparação do dano moral, como no caso de lesão corporal que

acarretasse aleijão ou deformidade ou quando atingisse mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar (art. 1.538); quando ocorresse ofensa à honra da mulher por defloração, sedução, promessa de casamento ou rapto (art. 1.548); ofensa à liberdade pessoal (art. 1.550); calúnia, difamação ou injúria (art. 1.547). Em quase todos os casos, o valor indenizatório era prefixado e calculado com base na multa criminal prevista para a hipótese (GONÇALVES, 2012, p.588).

O artigo 159 do Código Civil de 1916 obrigava à reparação do dano, sem qualquer distinção entre dano material e moral, abrangendo, assim, tanto o dano patrimonial como o extrapatrimonial. Nesse sentido, citam-se as lições de Caio Mário da Silva Pereira:

Ao meu ver, a aceitação da doutrina que defende a indenização por dano moral repousa numa interpretação sistemática de nosso direito, abrangendo o próprio art. 159 do Código Civil que, ao aludir à ‘violação de um direito’, não está limitando a reparação ao caso de dano material apenas. Não importa que os redatores do Código não hajam assim pensado. A lei, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa dos que a redigiram. A ideia de ‘interpretação histórica’ está cada dia menos autorizada. O que prevalece é o conteúdo social da lei, cuja hermenêutica acompanha a evolução da sociedade e de suas injunções (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º). Nesta linha de raciocínio posso buscar amparo na lição de Chironi, de que a expressão genérica emitida pelo Código Civil italiano, ao se referir a *‘qualunque danno’* pode ser interpretada como abrangendo *‘la responsabilità ordinata dei danni materiali e dei morali’* (PEREIRA, 1993, p.57).

Destarte, a teoria da responsabilidade civil, até a promulgação da Constituição de República de 1988, fundava-se na concepção individual-patrimonialista do direito privado, regida pelo Código Civil de 1916, priorizando os interesses materiais em detrimento dos interesses existenciais.

Com a consagração da dignidade humana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, inaugurou-se uma nova era no ordenamento jurídico, marcada pelo reconhecimento da pessoa humana como centro e fim do direito (CASARIL), restando superada a acirrada controvérsia doutrinária, até então reinante, sobre a (ir)reparabilidade do dano exclusivamente moral.

4 O DANO MORAL EM UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Apagando todos os antigos argumentos de que seria imoral reparar pecuniariamente a dor (TEPEDINO, 2003a, p.367), apresenta-se, com força normativa plena, o art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República de 1988, assegurando o direito de resposta, proporcional ao

agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V); e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Nessa linha, positivando o dano moral, previsto na Constituição de 1988, expressamente, a nova Codificação Civil brasileira de 2002 reconhece, em seu artigo 186 (antigo art. 159 do CC/16), o instituto do dano exclusivamente moral¹ e, conseqüentemente, por força do artigo 927, a sua reparabilidade².

Consolidou-se, assim, no ordenamento pátrio, o direito ao pleno ressarcimento do chamado dano moral puro, fortalecendo, de maneira decisiva, a posição da pessoa humana e de sua dignidade, logrando a determinação do dever de ressarcir todos os prejuízos injustamente causados à pessoa.

Não há dúvida de que a previsão constitucional do direito subjetivo à dignidade deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, já que englobado, no direito à dignidade, todo o conjunto de direitos da personalidade – direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade da vida privada ou qualquer outro mais que figuram nos artigos 5º e 6º da Carta Magna, desde que constituam faculdades sem as quais a pessoa humana seria inconcebível (REALE, 2004).

Assim, a reparação de qualquer ofensa à moral do indivíduo é corolário da impossibilidade de se permitir que haja uma injusta agressão a tal importante bem (PARIZATTO, 2012, p.5), revelando-se como um dos mais importantes mecanismos de concreta proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico (MORAES, 2011, p.362). Dessa forma, aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório (MORAES, 2003a, p.145).

Como se sabe, a responsabilidade civil evoluiu, historicamente, e afastou a necessidade de prova de culpa do autor, consagrando no ordenamento jurídico diversas hipóteses de responsabilidade objetiva.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o paradigma da culpa foi mitigado pela ideia de que a vítima merece ser reparada, independentemente da ilicitude da conduta do ofensor:

¹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

² “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

À responsabilidade civil deve ser reconhecido o papel de se constituir num dos fenômenos jurídico-sociais mais relevantes do momento presente. O paradigma da culpa, em vigor desde o séc. III a.C, inserido que foi pela Lex Aquila, encarecido por Jhering no princípio “nenhuma responsabilidade sem culpa”, perdeu consistência no direito brasileiro. Hoje, todos os esforços concentram-se na busca da reparação, tendo-se radicado em nossa consciência coletiva a ideia de que a vítima merece ser ressarcida, ainda que não tenha havido conduta culposa ou dolosa (isto é, ilícita) por parte do autor do dano (MORAES, 2011, p.362)

O dano, por sua vez, continua como exigência inexorável para caracterização do ato ilícito e, conseqüentemente, do dever de reparar. Assim, quando se trata do direito da responsabilidade civil, usualmente, pontua-se que, se não há dano, não há o que indenizar (MORAES, 2003a, p.144). O dano configura elemento essencial do ato ilícito, sendo fundamento unitário da responsabilidade civil, a própria razão de ser do dever de indenizar, vale dizer, o ilícito não causador de dano não terá qualquer relevância no âmbito da responsabilidade civil. Portanto, sem dano não há ato ilícito, ainda que se esteja diante de conduta antijurídica (TEPEDINO, 2004. p.334).

Questão complexa que hoje muito se discute na doutrina refere-se à nova conceituação do dano moral, imprescindível para o equacionamento de todas as questões relacionadas ao instituto, sobretudo para identificar quais os interesses considerados merecedores de tutela.

Diante disso, hodiernamente, o que se indaga é: como reconhecer a verdadeira existência dos danos morais? Seriam tais danos decorrentes: da violação a direitos subjetivos da personalidade; dos efeitos decorrentes da lesão perpetrada, significando dizer que podem surgir também por violação a direito patrimonial que tenha efeito no “patrimônio” moral do sujeito; compreenderiam qualquer situação jurídica subjetiva não patrimonial; ou, ainda, e de modo mais amplo, decorreriam da violação a direitos fundamentais? (MORAES, 2003a, p.38-39). A dor, a humilhação, o constrangimento, o vexame são, individualmente, elementos suficientes para a configuração do dano injusto indenizável? Como distinguir tais sentimentos, que podem gerar danos morais, daqueles outros, tais como os dissabores, as mágoas, as irritações profundas, que não se consideram como tais?

Modernamente, duas correntes doutrinárias buscam conceituar o dano moral: a primeira delas, representada pelos autores clássicos, com base em René Savatier, vislumbra o dano moral como qualquer sofrimento ou incômodo humano que não seja causado por perda pecuniária; a segunda, mais atual, com base no ordenamento constitucional (CF, art. 5º, X), busca atribuir maior grau de juridicização ao conceito, por meio da conceituação do “dano

moral objetivo”, que seria a lesão a qualquer dos direitos da personalidade ou a um “direito subjetivo à dignidade” (CAVALIERI FILHO, 2007, p.76-77).

Os clássicos elevam a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, como elemento característico do dano moral indenizável. Nesse sentido, são as lições de Wilson Mello da Silva, conforme assegura Silvio Rodrigues:

São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico (RODRIGUES, 1989, p.206).

Referendando tal conceito, leciona Silvio Rodrigues que o dano moral é aquele que não traz reflexo ao patrimônio da vítima:

Trata-se assim de dano sem qualquer repercussão patrimonial. Se a injúria, assacada contra a vítima em artigo de jornal, provocou a queda de seu crédito e a diminuição de seu ganho comercial, o prejuízo é patrimonial, e não meramente moral. Este ocorre quando se trata apenas da reparação da dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio. (...) É a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem (RODRIGUES, 1989, p.206).

Para a jurisprudência, amplamente majoritária dos últimos anos, o dano moral significa qualquer “sofrimento moral” ou, como bem convencionou dizer, tal dano corresponde “à dor, tristeza, sofrimento, humilhação causados injustamente a alguém” (MORAES, 2011, p.364).

Por outro lado, os adeptos da corrente do direito civil-constitucional defendem o princípio da dignidade humana como valor supremo, que se encontra no topo da ordem jurídica, assumindo uma função instrumental integradora e hermenêutica, servindo de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. Tomando por base tal perspectiva, a reparabilidade do dano moral representa, em substância, a proteção específica contra as afrontas que molestam os direitos da personalidade (CAHALI, 2011, p.521).

Nas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Afirmam os autores, em outras palavras,

(...) é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e

imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R., 2006, p.55).

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona sustentam ser plenamente razoável que se exija do magistrado um pronunciamento expresso se o fato alegado, do ponto de vista da razoabilidade humana, pode ser considerado ensejador de uma lesão efetiva ao patrimônio moral, negando terminantemente a pretendida reparação quando considerar o alegado dano mero fruto de uma sensibilidade exacerbada, não compatível com os sentimentos do homem mediano (GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R., 2011, p.57). E, citando as lições de Severo, concluem os autores que:

a dor não é elemento essencial do dano extrapatrimonial, mas, nas situações em que ela deve estar presente, o mecanismo de aferição não pode correr o risco do subjetivismo. Desse modo, o critério objetivo do homem-médio (*reasonable man, bonus pater familiae*) é bastante razoável, *i.e.*, nas situações em que uma pessoa normal padeceria de um sofrimento considerável, forma-se uma presunção *juris tantum* de que sofreu um dano extrapatrimonial. Tal presunção pode ser afastada pela prova em contrário (GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R., 2011, p.57).

Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 370) critica a situação de indefinição em que se encontra o conceito de dano moral, na atualidade, por entender possível nele incluir qualquer coisa, isto é, qualquer sofrimento humano e, de outro lado, a depender do juiz que julga o caso, considerar que “pouco ou nada” é suficiente para apresentar as extremas do instituto, sob o argumento de que fatos tais e quais não passam de aborrecimentos – comuns ou não – do dia a dia, não chegando a configurar verdadeiro sofrimento. Adverte a autora, com razão, que a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum ou do bom senso, da opinião dos juízes acerca do que é sofrimento e do que não é.

Para Maria Celina, a importância do dano moral exige que se busque atingir um grau determinado de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto. Desse modo, conclui a autora:

Neste contexto, o conceito de dano moral deve vincular-se a noções jurídicas consolidadas, construídas e tuteladas pelo ordenamento jurídico, garantidas constitucionalmente, e que dizem respeito aos direitos fundamentais de cada pessoa humana. Não parece dever vincular-se, pois, a sentimentos ou sofrimentos, isto é, a disposições emocionais complexas, seja qual for o seu teor, nem a sensações íntimas ou, menos ainda, a percepções psicológicas que são, necessariamente, aspectos subjetivos, intangíveis e inavergíveis, e

que variam, por definição e de modo significativo, de pessoa para pessoa (MORAES, 2011, p.370).

Com razão à doutrina que, em uma perspectiva civil-constitucional, assegura não parece ser a melhor opção deixar a conceituação de um instituto tão caro à ciência jurídica ao arbítrio exclusivo do magistrado, no caso concreto, devendo ser encarado a partir de uma violação aos direitos da personalidade e não pelos efeitos que essa violação provoca - dor, angústia, medo, raiva etc.

CONCLUSÃO

A renovação provocada pela constitucionalização do direito civil, reflexo da preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais adequada aos problemas sociais, consagrou de forma definitiva, no texto constitucional, a reparabilidade do dano exclusivamente moral (art. 5º, incisos V e X), superando as antinomias outrora existentes a respeito da reparabilidade do dano moral puro e de sua cumulação com o dano material. No entanto, na fase atual, surge nova controvérsia doutrinária a respeito da definição do conceito do próprio dano moral.

Estabelecer uma conceituação ao instituto não é tarefa simples. A dificuldade na identificação dos princípios envolvidos não provém somente do fato de que se trata de um tema em constante transformação. Decorre, ainda, da necessidade de se levar em consideração uma multiplicidade de exigências, de interesses e de necessidades frequentemente conflitantes entre si.

Dentre as diversas lições doutrinárias apresentadas, a única constante a ser seguida é a prevalência da tutela da pessoa humana, princípio previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, considerada a sua dignidade como o valor precípua do ordenamento, “a própria finalidade-função do Direito”. Assim sendo, toda e qualquer circunstância que atinja o indivíduo em sua condição humana e que negue sua qualidade de pessoa, de fim em si mesmo, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser indenizado.

Assim, já não mais se permite a aplicação do entendimento elaborado, na década de 1940, por René Savatier, de que o dano moral seria todo sofrimento humano não causado por uma perda pecuniária. A reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum ou do bom senso, da opinião de juízes acerca do que é sofrimento e do que não é. Isso porque tal conceituação, efetivamente, admite praticamente

tudo na configuração do dano moral, alargando a noção de dano ressarcível, não permitindo colher a noção específica para configuração do real e verdadeiro sofrimento.

A importância do dano moral, no mundo atual, exige que se busque atingir um grau determinado de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, de forma a edificar uma categoria teórica que seja suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto, sempre com vistas à própria dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial - A tutela da dignidade da pessoa humana.** Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 30 jan. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASARIL, Agenor. **A pessoa humana como centro e fim do direito: a posituação da dignidade da pessoa humana.** Disponível em:

<http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468036.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2014.

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

COMPARATO, Fabio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos.**

Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_juiz.html>. Acesso em: 24 jan. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil.** Vol. 7. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: Scarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade civil.** Vol. III. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Responsabilidade civil.** Vol. IV. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do código de defesa do consumidor.** Revista Jurídica n. 368. Porto Alegre: Notadez, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e direito civil: tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.89, n.779, 2000.

———. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

———. **O Código Civil e o Direito Civil Constitucional**. Editorial. RTDC, vol. 13, 2003b. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.013.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

———. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, v.9, n.29, 2006.

———. Dano moral: conceito, função, valoração. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.413, 2011.

PARIZATTO, João Roberto. **Dano moral na atualidade**. São Paulo: Edipa, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

———. **Os direitos da personalidade**. Publicado em: 17 jan. 2004. Disponível: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 24 jan. 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

———. Cidadania e direitos da personalidade. In: **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n.309, 2003b.

———. Os 15 anos da Constituição e o direito civil. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 14. 2003c. Disponível em <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.014.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2014.

———. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

———. O Código Civil e o direito civil constitucional. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.