V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

ARTURO CAUMONT

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/ Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Arturo Caumont, Orlando Celso Da Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-226-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil constitucional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil vive um momento de transição. Suas instituições, tradicionais e milenares, vêm se adaptando a novas realidades, em constante, mas saudável, tensão entre uma visão mais publicista e constitucional e uma visão mais privatista. Esta última, apesar de fulcrada na tradição, não se olvida da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro e nas novas demandas. Há, por um lado, na dinâmica atual uma utilização de disposições constitucionais abertas aplicadas à legislação civil (Direito Civil Constitucional), mas por outro o Código Civil permanece como o código da liberdade do indivíduo (Direito Civil contemporâneo).

Os artigos presentes nesta coletânea apresentam os dois pontos de vista, representando a pesquisa de ponta produzida pelas instituições nacionais, com a honrosa colaboração do professor Arturo Caumont, da Universidad de la Republica - Uruguay.

Prof. Dr. Orlando Celso Da Silva Neto - UFSC

Prof. Dr. Arturo Caumont - UDELAR

A MUDANÇA DE PARADIGMA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS NA SEARA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA CRISE À SOLUÇÃO

THE RIGHT PARADIGM SHIFT CIVIL CONSTITUTIONAL AND ITS CONSEQUENCES IN SEARA OS LIABILITY: CRISIS TO SOLUTION.

Bricio Luis Da Anunciacao Melo [1]

Resumo

O Direito Civil passou por grandes transformações. De caráter patrimonialista, passou por um processo de releitura com o advento da Constituição Federal de 1988. Velhos institutos passaram a ter nova roupagem quando passaram a ser lidos através do princípio da dignidade da pessoa humana. Como consequência, na seara da Responsabilidade Civil, passou-se a tutelar a dignidade da pessoa da vítima, e se observou um incremento das demandas indenizatórias, em que os pedidos em nada se aproximavam da real configuração de danos morais. Vislumbra-se, assim, uma crise de superabundância que será encerrada por meio da correta conceituação do dano moral.

Palavras-chave: Direito civil constitucional, Responsabilidade civil, Dano moral, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The Civil Law has undergone major transformations. With patrimonial character, underwent a re-reading process with the advent of the Federal Constitution of 1988. Old institutes now have new look when they began to be read through the principle of human dignity. As a result, the harvest of the Civil Responsibility passed to protect the dignity of the victim's person, and it was observed an increase in demands for damages, which doesn’t approach the actual configuration of moral damages. Envisions, thus, an overabundance of crisis that will be closed through the correct concept of moral damage.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional civil law, Civil responsability, Moral damage, Dignity of human person

[1] Pós-graduado em Direito Tributário pela UNISUL. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Aluno do programa de pós-graduação da UFS. Oficial de Justiça Avaliador Federal.

1 Introdução

O Direito Civil passou por grandes transformações no final do século XX no Brasil. De caráter patrimonialista, tendo por base o Código Civil de 1916, passou por um processo de releitura com o advento da Constituição Federal de 1988. Velhos institutos passaram a ter nova roupagem quando passaram a ser lidos através do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa Carta Magna.

Esse processo atingiu não apenas o Direito de Família, como também a Responsabilidade Civil. Passou-se a tutelar a dignidade da pessoa da vítima, ao invés de pura e simplesmente colimar a responsabilização do agente causador do dano. Como consequência, dentre outras, observou-se um incremento das demandas indenizatórias, em que os pedidos postos em juízo em nada se aproximavam da real configuração de danos morais.

Assim, vislumbra-se, hoje, um processo de banalização de demandas judiciais de pedidos indenizatórios fundados em danos morais. Tal processo não decorre apenas da ausência de parâmetros objetivos para a correta definição do que seria o dano extrapatrimonial, mas também de uma verdadeira "indústria" do dano moral que se instalou em nossa sociedade contemporânea.

O presente texto tem por escopo demonstrar que será por meio da correta conceituação do dano extrapatrimonial que se dará fim à atual crise da responsabilidade civil, uma vez que, dotando o magistrado de parâmetros objetivos para a caracterização do dano moral, pôr-se-á termo à crise de superabundância hoje observada no dia a dia forense.

Com tal desiderato, far-se-á uma análise da evolução do Direito Civil Constitucional, especialmente no que tange à consequência na seara da Responsabilidade Civil. Com lastro nesse marco teórico, tratar-se-á da ampliação das hipóteses de responsabilização e da necessidade da correta identificação do dano moral, desvinculando-o de análises subjetivas por parte do operador do Direito. Em seguida, será abordada a questão da conceituação do dano extrapatrimonial, adotando-se sua atual perspectiva constitucional.

2 Do Direito Civil ao Direito Civil Constitucional

As relações jurídicas se dão entre indivíduos. É por meio deles que os diversos contratos são celebrados, como a compra e venda. Sem indivíduos não haveria o casamento, tal qual tutelado no artigo 1.511 do Código Civil. Cabe, ainda, ressaltar que é por

meio do falecimento ou ausência de uma pessoa que surge o direito sucessório. Desta feita, é a tutela dos indivíduos a razão maior de ser do Direito Civil.

Um contrassenso ocorreu no Brasil desde a época de Império até a Nova República[1], pois o patrimônio ocupou, indevidamente, o lugar reservado ao indivíduo como base do Direito Civil brasileiro. Era o tempo de uma sociedade agrária, em que a tutela do patrimônio não cedeu espaço para o surgimento e posterior defesa dos direitos de personalidade. Os direitos que não tinham um cunho patrimonial foram relegados a um segundo plano, apenas surgindo no final do século XX por meio da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916, patrimonialista em sua essência e não consentâneo com a realidade urbana já vivenciada no país, não cuidava dos direitos de personalidade. Tais direitos, por não serem patrimoniais, permaneceram, durante muito tempo renegados em um sistema outrora patrimonialista.

Cabe destacar que nessa época o Código Civil ocupava um lugar de destaque sem igual no ordenamento jurídico pátrio. Isso decorreu da ideia de o Código Civil de Napoleão tutelar, o mais amplamente possível, as relações jurídicas existentes. Assim, o Código Civil foi erigido a um *status quo* elevadíssimo no ordenamento jurídico, mormente em função da regulação das relações privadas.

Essa situação mudou com o surgimento do constitucionalismo moderno. As Constituições passaram a ser não apenas o fundamento jurídico-normativo do sistema, como também se tornaram a base interpretativa das normas inferiores. Ou seja: a interpretação da legislação civilista passou a ser feita por meio da Constituição, devendo haver a adequação das normas privadas aos princípios vigentes adotados na Carta da República. Nesse sentido, colaciono:

> (...) a Constituição da República de 1988 instaurou nova ordem jurídica no país, realocou valores, instituiu novos princípios, impondo assim o repensar de todo o ordenamento jurídico. A normativa constitucional, seu conjunto de regras e princípios, passa a incidir diretamente no caso concreto, nas relações intersubjetivas. Desta forma, as categorias e conceitos do direito civil devem ser criticadas e reconstruídas, tendo como norte a consecução do projeto constitucional (TEPEDINO, 2002, p. 2).

[1] Nova República é o período da História brasileira que se segue ao declínio da ditadura militar. É quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e os valores dela decorrentes passaram a ser irradiados, no ordenamento jurídico nacional, em todos os ramos do Direito e, em especial, no Direito Civil. No campo privado, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana acarretou uma reanálise dos institutos civis, dentre eles, os direitos da personalidade. Tais direitos ganharam força na escala de repersonalização, na medida em que o patrimônio cedeu espaço à tutela da pessoa no ordenamento jurídico nacional.

Assim, através da repersonalização promovida pela Constituição, a pessoa humana tornou-se a base do Direito Civil, passando o papel de coadjuvante para o patrimônio. Esse processo extinguiu o ideário liberal individualista burguês da Revolução Francesa e pode ser constatado em diversos pontos do novo Direito Civil Constitucional. Citam-se como exemplos o fato de a família hoje ser um local de convivência socioafetiva, o surgimento dos direitos de personalidade e a resolução de conflitos por meio da aplicação direita do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o ser humano assume, então, papel de destaque no conceito juscivilista e, no fim do século XX, surgem os direitos da personalidade aglutinados na Constituição Federal e no Código Civil de 2002. Interessante notar que os mesmos - ainda que os direitos da personalidade na Constituição tenham outra nomenclatura, como adiante se verá - não se encontram estanques, mas estão em um constante processo de entrelaçamento, de modo a propiciar a correta solução do caso concreto posto em juízo.

Do exposto, depreende-se que o Direito Civil foi tomado por uma função humanizadora sem precedentes: houve a reanálise de velhos institutos, a superação de antigos dogmas e, assim, as relações privadas foram revestidas de nova roupagem.

Explicitado todo esse processo de humanização do Direito Civil, imperioso tecer comentários sobre as diferenças entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Quanto ao tema, Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa leciona com maestria:

> Pode-se afirmar que os ditos direitos da personalidade surgiram nos textos fundamentais como direitos inatos, conhecidos num primeiro momento como direitos humanos, tendo em vista serem inerentes ao homem. Alguns desses direitos foram inseridos nas constituições, ficando conhecidos como direitos fundamentais, devendo ser garantidos pelo Estado. Dentro destes direitos fundamentais há um conjunto de direitos subjetivos que se distinguem ou se caracterizam pelo objeto – a personalidade humana – chamado de direitos da personalidade (FEITOSA; COSTA; GODINHO, 2014, p. 27).

Ora, os direitos da personalidade não seriam, portanto, sinônimo de direitos fundamentais, mas, sim, espécie dos mesmos. Alguns dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, mais afetos à seara privatística, e que tutelam a personalidade humana, foram elencados ao longo do Código Civil e receberam o nome de direitos da personalidade.

Partindo desta premissa, é fácil constatar que, mesmo diante da tutela um tanto tímida do Código Civil de 2002 no que tange aos direitos da personalidade, previstos apenas dos artigos 11 ao 21, há uma adequada proteção conferida pelo ordenamento a tais espécies de direitos por meio da aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Há, portanto, o reconhecimento da eficácia imediata e aplicação direta das normas constitucionais, relativas aos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares.

3 Das consequências na seara da Responsabilidade Civil

Diante do quadro acima apontado do Direito Civil antes dessa perspectiva constitucional, a Responsabilidade Civil não destoava do ideário patrimonialista então presente. A tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais era o fim da Responsabilidade Civil.

Por meio do processo de repersonalização, houve uma releitura da função primordial da Responsabilidade Civil. O ordenamento passou a cuidar, de modo especial, da dignidade da pessoa humana. Se antes o foco era na pessoa causadora do dano, passou a ser na reparação da vítima.

De fato, essa mudança de perspectiva decorreu da natural aplicação da dignidade da pessoa humana na Responsabilidade Civil. As atenções voltam-se à pessoa da vítima, que deve ser adequadamente reparada, ao invés do antigo entendimento de punição e responsabilização do autor do dano. Flávio Tartuce, nesse sentido, sustenta que "a responsabilidade civil deve ser encarada no ponto de vista da *personalização do Direito Privado*, ou seja, da valorização da pessoa em detrimento da desvalorização do patrimônio (*despatrimonialização*). " (TARTUCE, 2011, p. 324).

Em decorrência dessa mudança de perspectiva, surgem duas consequências no âmbito da Responsabilidade Civil: a perda de importância da função moralizadora e o aumento das hipóteses de dano ressarcível.

No que tange à função moralizadora, era assente na doutrina que uma das funções da Responsabilidade Civil era a punição do agente causador do dano. Ela decorria da anterior atenção na pessoa do agente, em detrimento do foco na pessoa da vítima. Sustentava-

se que, ao haver uma maior punição do responsável pelo injusto, surgiria, como consequência, o desestímulo na realização de novos danos, por parte do agente. Nesse sentido, colaciono doutrina tradicional de Sergio Cavalieri Filho:

> A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo de mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da *dissuasão*) e a punição (no sentido de *redistribuição*) (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98).

Essa doutrina, muitas vezes sedutora, perdeu fôlego com a escala de repersonalização e consequente tutela da pessoa da vítima. Interessante notar que, quando da análise do caso concreto posto em juízo, hoje, não mais se questiona se o autor do injusto deve ser responsabilizado, mas sim se há o direito de reparação por parte da vítima lesada.

A finalidade de moralização foi substituída pelo dever geral de solidariedade, previsto na Constituição Federal como objetivo da República. Nesse sentido, trago à baila os ensinamentos de Flávio Tartuce:

> O segundo princípio do *Direito Civil Constitucional* visa à *solidariedade social*, outro objetivo fundamental da República, conforme o art. 3, I, da CF/1988 [...] Aplicando esse princípio da solidariedade social e também da valorização da dignidade humana, é oportuno lembrar de julgado do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sobre o qual muito se comentou, em que foi adotada a tese do *abandono paterno-filial (teoria do desamor)*. Por essa decisão, um pai foi condenado a pagar indenização de duzentos salários-mínimos a título de danos morais, por não ter convivido com o seu filho [...] (TARTUCE, 2011, p. 326).

Os indivíduos devem, portanto, pautar-se pelo princípio do *Neminen Laedere*, ou seja, pelo dever geral de não lesar outrem. O cidadão deve se comportar de modo a não lesar o interesse do outro. O fundamento ético-jurídico da Responsabilidade Civil não mais subsiste na punição do responsável, mas sim na concepção solidarista, prevista na Constituição Federal, de proteção dos direitos de quaisquer pessoas injustamente lesadas. A Responsabilidade Civil passa a se vincular aos princípios constitucionais da dignidade, igualdade e solidariedade.

Muito ligada a essa questão de arrefecimento da função moralizadora é a adoção, pelo Código Civil de 2002, da cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no

parágrafo único do artigo 927 [2]. É de sabença que há no Brasil hoje duas cláusulas gerais de responsabilidade civil: a subjetiva, prevista no artigo 186 [3] do Código Civil e a objetiva, já mencionada.

O surgimento dessa cláusula geral de responsabilidade objetiva [4] pode ser lido como consequência natural desse processo de constitucionalização do Direito Civil, acima mencionado. Ora, o sistema tradicional de responsabilidade civil funda-se na ideia da culpa ou dolo como pressuposto da punição. Há a necessidade de demonstrar a quebra de um dever objetivo de cuidado por parte do agente para que reste caracterizado o dever de responsabilização. Para que haja a indenização por parte do agente é imperiosa a comprovação de sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de cometer o ilícito) ou a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia). Nesse sentido, leciona Maria Celina Bodin de Moraes, com maestria, acerca dessa análise do comportamento do agente:

> Esta exigência de uma avaliação ético-jurídica do comportamento do causador do dano para imputar-lhe o dever de repará-lo era tida como princípio axiomático, correspondente à idéia de punição pelo ilícito cometido. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2007, p. 248).

Com efeito, natural que com o declínio da função moralizadora, surgisse espaço para a adoção da noção de risco, em substituição à culpa como fundamento da responsabilização.

Destarte, deve-se ler a objetivação da Responsabilidade Civil dentro de um contexto maior de transformação do próprio Direito Civil em função da incidência dos princípios constitucionais. Houve, definitivamente, a superação do modelo individual liberal burguês da Revolução Francesa pela concepção solidarista de responsabilidade, lastreada na Constituição Federal de 1988.

Tal modelo de responsabilização pelo risco é fundado na atenção especial para com o lesado. Dessa forma, a fim de garantir a integridade da vítima, sempre tendo como

---

[2] Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

[3] Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

[4] Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (GONÇALVES, 2014, p. 59).

foco a dignidade da pessoa que sofreu a lesão, há a distribuição das perdas por toda a sociedade, promovendo, assim, de forma mais plena possível, a reparação do dano.

Ainda em relação à responsabilidade objetiva, cabe destacar que sua adoção acarreta diversas vantagens, como a desoneração do lesado quanto à assunção de um ônus quase impossível em diversas hipóteses. De fato, em uma sociedade de risco e complexa como a nossa, muitas vezes haverá uma prova diabólica para a vítima e, se não houvesse a adoção da responsabilidade objetiva, o dano restaria irressarcido e não haveria pacificação social. Acresça-se, ainda, que, na aplicação de tal tipo de responsabilização, há uma menor discricionariedade judicial na fixação da indenização. Por fim, salienta-se que os custos da indenização passaram a ser internalizados pelo agente causador do dano, como se observa de modo cristalino na responsabilidade objetiva ambiental.

Já no que toca à ampliação das hipóteses de dano ressarcível, é imperiosa uma análise mais detalhada acerca do tema. Diante do atual quadro em que encontramos a Responsabilidade Civil, em que há excesso de pleitos judiciais fundados em danos morais em sua maior parte inexistentes, configurando, na realidade, uma verdadeira "indústria" de dano moral, é de se questionar se essa ampliação foi, de fato, proveitosa.

Esse reconhecimento de um maior número de hipóteses de dano ressarcível decorreu do processo de constitucionalização do Direito Civil e consequente tutela da pessoa da vítima. Dessa forma, essa ampliação, em sua origem, é benéfica e deve ser valorizada, ainda que venha sendo utilizada com intuito de lucro fácil e ganhar dinheiro.

Necessário, então, criar critérios para, sem restringir as hipóteses de ressarcimento, ampliadas por meio da Constitucionalização do Direito Civil, aferir, adequadamente, quais são as reais ocorrências do dano extrapatrimonial. Será esse o ocaso dessa "indústria" do dano moral.

É de amplo conhecimento que a Responsabilidade Civil é composta, em sua maioria, de cláusulas gerais, abertas, que serão concretizadas nas demandas postas em Juízo pelo magistrado. Assim, a atividade do juiz é de fundamental importância, pois, ao aplicar o Direito ao caso concreto e criar a norma individual aplicável à hipótese em apreço, acaba por gerar parâmetros que definirão o limite e alcance da Responsabilidade Civil.

Com efeito, necessária a indicação de critérios e preceitos a serem utilizados pelos magistrados quando da concretização de tais conceitos abertos. O parâmetro que se sugere é que a Constituição Federal e seus princípios sejam utilizados como norte interpretativo quando da concretização de tais conceitos abertos pelo juiz na demanda.

Dessa forma, resta cristalino que a solução da crise atual da Responsabilidade Civil passa por meio da correta identificação do que seria o dano moral. Um conceito de dano moral forjado em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana é o intuito almejado. Solucionado esse impasse, a consequência imediata seria a diminuição de propositura de lides temerárias, com intenção nitidamente arrecadatória, que acabam por abarrotar as estantes dos gabinetes judiciais e preencher a pauta de audiências, causando uma maior morosidade ao sistema judiciário.

3 Do Dano moral e sua correta caracterização

Antes, porém, de conceituar o que seria o dano moral, é necessário tecer comentários sobre o que seria dano.

O dano é elemento essencial da Responsabilidade Civil uma vez que, ausente, não há o dever de indenizar. Ainda que se considere a Responsabilidade Civil Objetiva, o risco, sem a comprovação do dano sofrido pela vítima, não enseja a responsabilização. Dessa forma, o dano é elemento essencial para a imputação da responsabilidade, até mesmo porque sem ele não haveria sequer o que ser reparado.

Diferentemente do Direito Penal, o Direito Civil não tipifica o evento danoso, cabendo essa tarefa ao aplicador do Direito, no momento de concretização da norma. Na seara privatística, o dever de reparar está previsto em duas cláusulas gerais de responsabilidade, previstas no artigo 186 e parágrafo único do artigo 927, ambos do Código Civil de 2002. Ambas as cláusulas gerais, subjetiva e objetiva, convivem harmonicamente no sistema tal como proposto pelo legislador.

A noção de responsabilidade é sempre ligada à lesão do direito. Segundo San Tiago Dantas, “sempre que se verifica uma lesão do direito, isto é, sempre que se infringe um dever jurídico correspondente a um direito, qual é a primeira consequência que daí advém? Já se sabe: nasce a responsabilidade” (DANTAS, 1979, p. 376).

Ressalte-se, ainda, que o dano é essencial para a responsabilização uma vez que o Código Civil, ao conceituar o ato ilícito no artigo 186, o condiciona à ocorrência de dano. Assim, nos termos do artigo 927 do Código Civil, para que haja a reparação, indispensável a ocorrência de dano, razão pela qual ele deve ser precisamente delimitado.

A doutrina divide-se entre aqueles que identificam o dano com um sistema típico e outros que consideram o dano como sendo a lesão a um interesse ou bem jurídico.

A primeira corrente, minoritária, promove a identificação do dano com a antijuridicidade, de modo que este seria a violação culposa da uma norma prevista no ordenamento. Como já referido, o Direito Civil não tipifica o evento danoso, razão pela qual essa corrente deve ser rejeitada.

Já a segunda corrente é adotada pela maioria dos doutrinadores civilistas, ao identificar o dano a uma lesão a um interesse ou bem juridicamente protegido. Nesse sentido, Agostinho Alvim leciona com previsão:

> [...] dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (ALVIM, 1966, p. 171-2).

Sendo o dano, portanto, a lesão a um interesse ou bem juridicamente protegido, cabe ao aplicador identificar qual é esse interesse que deve ser protegido pelo sistema jurídico. Necessário, então, identificar critérios para aferir se o bem merece a tutela jurídica. Tais critérios devem, consoante acima indicado, ser buscados nos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Fixadas essas premissas quanto ao dano ressarcível, imperioso tecer comentários à atual crise da Responsabilidade Civil.

Após um grande período de trevas, em que o direito à indenização por dano moral não era reconhecido, ou, no mínimo, era bastante questionado, o que evidenciava o imenso descaso imposto aos direitos da personalidade, sucedeu a hoje cristalina crise de superabundância no trato da matéria. Surgem, a cada dia, novas hipóteses de responsabilização por danos morais que, pela sua velocidade, surpreendem não apenas os doutrinadores, que deveriam ser aqueles responsáveis pela pesquisa e inovações científicas, mas o próprio magistrado, o qual, muitas vezes, fica perplexo em seu gabinete ou nas audiências com os pedidos cada vez mais inusitados em relação à matéria.

Hoje o dano moral constitui-se em um meio de lucro fácil, de lides temerárias, cujo real objetivo é apenas o de ganhar dinheiro fácil e abundante às custas de terceiros. No dia a dia forense, existem casos relatados por advogados em que os clientes os procuram muito contentes e felizes ao saber que foram negativados no Sistema de Proteção ao Crédito, por exemplo. São, muitas vezes, indivíduos cuja negativação não acarretará qualquer

prejuízo em suas vidas, uma vez que, sequer, dispõem de crédito a ser utilizado, mas veem naquela negativação uma chance de ganhar dinheiro fácil, fruto de um golpe de sorte do destino.

Não se intenta ingressar no mérito se a negativação pelos órgãos de proteção ao crédito deve ser ou não indenizada, mas sim que o dano moral, em diversas oportunidades, é utilizado como um meio de mercantilização de relações jurídicas extrapatrimoniais.

De fato, evidencia-se uma banalização do dano moral. Praticamente tudo pode ensejar o ingresso em Juízo pleiteando indenização. Sua atual configuração tem incentivado a malícia e o lucro fácil.

Paralelamente a essa situação de má-fé, constata-se, também, que existe hoje uma confusão acerca do real conceito do dano moral. Não há uma delimitação precisa do que realmente seria do dano extrapatrimonial, o que acarreta a análise de sua ocorrência com base em argumentos subjetivos, desprovidos de tecnicidade.

Constata-se, então, a existência de casos em que não há má-fé por parte da suposta vítima do dano moral, mas um equívoco na análise do que ocorreu no mundo fático. Há um erro de perspectiva do que seria o dano moral, com base na melhor técnica jurídica. Tais situações também têm como consequência o incremento do número de processos sem qualquer base doutrinária em suas assertivas jurídicas, acarretando uma maior morosidade ao sistema judiciário.

Com efeito, o magistrado, ao analisar em seu gabinete os processos de dano moral com pedidos cada vez mais surpreendentes e desarrazoados, não sabe se a suposta vítima objetiva apenas o lucro fácil ou se estaria diante de um equívoco no que tange à caracterização do dano extrapatrimonial.

Este trabalho colima estabelecer um critério jurídico que encerraria, ao menos em tese, essa crise de superabundância. Consoante a mais balizada doutrina civilista[5], a solução seria a adequada conceituação do dano moral. Passemos, então, à tormentosa tarefa de conceituar o dano moral.

No que toca à conceituação do dano moral, a doutrina não é uníssona e, por vezes, adota uma definição genérica. Parte da doutrina tradicional propõe um conceito negativo. Nesse sentido, Savatier afirma que dano moral seria todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Assim, dano moral não teria caráter patrimonial, sendo, dessa forma, todo dano não material. Outra corrente prefere um conceito positivo, de

[5] Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa e Maria Celina Bodin de Moraes

modo que o dano extrapatrimonial seria relacionado aos sentimentos de dor, vexame, angústia, sofrimento.

Diante da perspectiva apresentada, o dano moral teria um conceito por demais genérico, de modo que praticamente tudo poderia ser considerado dano extrapatrimonial. Acrescente-se, ainda, sua equivocada vinculação a sentimentos nitidamente subjetivos como sofrimento, vexame e desconforto. É o que se convencionou denominar o preço da dor.

Ora, é possível que a dor, tristeza, constrangimento, vexame ou humilhação configurem elementos concretos suficientes para a conceituação jurídica do dano moral? Evidente que não. Nesse sentido, Cavalieri Filho elucida com maestria:

> [...] todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim, é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos [...] Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima [...] Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 82-3).

Ademais, não bastasse a ausência de conforto doutrinário ao magistrado no que tange ao dano moral, em virtude da existência de conceitos vagos e abertos, a jurisprudência não o socorre por não haver uma pacificação. Ao contrário: os tribunais pátrios, inclusive os superiores, têm entendimentos diversos no trato da mesma matéria.

É o que se observa quanto ao cabimento de indenização por danos morais devido ao abandono afetivo (teoria do desamor[6]). Não há um mínimo entendimento consolidado no trato da matéria, quer no âmbito estadual, quer no próprio Superior Tribunal de Justiça, o qual ainda não fixou um entendimento definitivo em relação a esse tema.

Cabe recordar que, em 2005, ao tratar pela primeira vez da questão, o STJ, no Recurso Especial 757.411, reformou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, afastando o dever de indenizar por entender que o abandono afetivo não ensejava reparação pecuniária. Nesse sentido, colaciono:

[6] Essa teoria foi criada pela Dra Giselda Hironaka e nela se discute a possibilidade de os genitores responderem civilmente pela ausência de afeto, ainda que tenham contribuído financeiramente no sustento do filho.

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
> 2. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, STJ, 2005).

Posteriormente, em 2012, em decisão revolucionária, o STJ, no Resp 1.159.242, acolheu a tese da teoria do desamor, ao condenar um pai ausente no dever de indenizar por danos morais seu filho. A Ministra Nancy Andrighi foi precisa ao diferenciar o amor do dever de cuidado, impondo indenização na ausência deste. Nesse sentido, colaciono:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
> 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
> 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
> 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
> 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
> 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
> 7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, STJ, 2012).

Entretanto, o que parecia ser uma alteração de jurisprudência causou mais ainda insegurança na definição do tema, pois, em 2014, a Segunda Seção rejeitou os embargos

de divergência [7] do Resp acima indicado. Além de ter sido perdida uma excelente oportunidade de pacificar o entendimento quanto ao cabimento ou não do dano moral em se tratando de abandono afetivo, constata-se que a própria Terceira Turma do STJ parece ter alterado seu entendimento de 2012, pois em 2016 rejeitou um pedido semelhante[8] (BRASIL, STJ, 2016).

Diante de toda essa problemática, resta demonstrado que a caracterização do dano moral não pode mais operar no nível do senso comum. Imperiosa a sistematização da matéria de modo a assegurar ao operador do Direito um mínimo de tecnicidade em seu trato. Intenta-se um rigor científico e objetividade na conceituação do dano extrapatrimonial, de modo a conferir uma maior segurança ao aplicador do Direito.

Passaremos, então, à conceituação de dano moral. Hoje, a doutrina majoritária entende que o dano extrapatrimonial consistiria no efeito moral da lesão a um interesse juridicamente protegido referido com os sentimentos de dor, vexame, humilhação e tristeza. Justamente por ser um conceito bastante abrangente, a doutrina o limita por meio da imposição de o dano ser grave e evidente, não se constituindo "mero desconforto ou aborrecimento", consoante expressão amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência. Esse é o conceito de dano moral subjetivo.

Procurou-se aplicar a técnica jurídica a esse conceito, deixando-se de promover a definição do dano extrapatrimonial com base no senso comum. Surgiu, nesse contexto, o conceito de dano moral objetivo, que seria a lesão a um direito de personalidade. Assim, dano moral consistiria:

> [...] na lesão a um interesse que vise a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os

[7] PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DECISÃO PROFERIDA COM BASE NAS PECULIARIDADES DO CASO. EXCEÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.
Nas hipóteses em que ficar evidenciada a divergência entre turmas da mesma seção ou entre turma e seção, cabem embargos de divergência mediante o cotejo analítico dos arestos, demonstrando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados (arts. 541, parágrafo único, e 546, parágrafo único, do CPC, c/c os arts. 266, § 1º, e 255 § 2º, do RISTJ).
Não se conhece de embargos de divergência, por absoluta inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados, quando a solução dada ao caso concreto baseou-se, de forma expressa, em situação de excepcionalidade.
Embargos de divergência não conhecidos (BRASIL, STJ, 2014).

[8] No Resp 1.493.125, a Terceira Turma do STJ entendeu que a ausência de afetividade no ambiente familiar não acarreta, via de regra, a reparação pecuniária a título de danos morais, contrariando anterior posição da Turma proferida em 2005.

> sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família [...] (GONÇALVEZ, 2014, p. 500).

Com efeito, se antes a caracterização do dano moral carecia de parâmetros objetivos, ficando, muitas vezes, ao arbítrio e subjetividade do magistrado, por meio da adoção de uma definição objetiva de seu conceito, a fixação do dano moral passa a ter maior segurança. Não existe mais espaço para análise subjetiva por parte do juiz acerca de uma indefinida dor moral, pois, violado o direito de personalidade, há o dever de indenização.

Quanto ao tema, Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa leciona com maestria:

> [...] ao se visualizar a existência de lesão ao direito da personalidade, desnecessária se demonstra a comprovação do dano moral. Como atributos intrínsecos à personalidade humana, uma agressão a essa categoria de direitos dá subsídios claros e objetivos para a determinação do dano moral. A subjetividade do julgador fica, agora, restrita apenas à determinação do *quantum* da indenização (FEITOSA; COSTA; GODINHO, 2014, p. 249).

O dano moral seria, portanto, um mecanismo de cumprimento dos direitos da personalidade, na medida em que é, segundo a referida autora, a consequência da violação dos mesmos. Depreende-se, ainda, que o dano extrapatrimonial seria *in re ipsa*[9], uma vez que o dever de reparar adviria tão-somente da violação ao direito de personalidade, sendo desnecessária a prova do prejuízo.

Destarte, a violação a um direito de personalidade atinge de tal forma o Direito, que surge, de modo automático e infalível, o dever de reparar a vítima, não havendo espaço para outros questionamentos, exceto a fixação do montante da indenização. Tal reparação recebe o nome de danos morais.

No entanto, a doutrina não encerrou aí suas atividades. Maria Celina Bodin de Moraes, em seus estudos, elucidou que a tutela dos interesses existenciais relativos à pessoa humana não poderia ater-se ao modelo do direito subjetivo. Seria necessário se socorrer de uma cláusula geral de tutela da personalidade que, em nosso ordenamento jurídico, estaria na Constituição Federal. De modo mais específico, essa cláusula seria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (SOUZA NETO; SARMENTO, 2007, p. 246).

[9] Trata-se do dano presumido, em que não há a necessidade de provar a ocorrência de dano. Assim, restando demonstrada a conduta e o nexo causal, haverá a responsabilização.

Surge, assim, a perspectiva constitucional de dano moral, que seria a violação à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, colaciono:

> (...) toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora do dano moral (MORAES, 2003, p. 188).

O dano moral seria, dessa forma, a violação a algum dos substratos que compõem a dignidade humana como, por exemplo, o direito a liberdade. Assim, desrespeitada a dignidade da pessoa humana por meio da violação de aspectos como igualdade, integridade, liberdade, higidez física e mental, dentre outros, resta configurado o dever de reparação a título de danos morais.

Por meio deste novo conceito de perspectiva constitucional, haveria a correção dos problemas do conceito subjetivo de dano moral e da crise quanto à sua caracterização.

4 Conclusão

A crise que assola a Responsabilidade Civil passa por um longo percurso até o seu ocaso. É imperiosa uma sistematização da questão que passa, necessariamente, pela aplicação dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, ao caso concreto.

Paralelamente a essa crise, constata-se a importância e relevante função desempenhada pela Responsabilidade nos dias atuais, o que evidencia a urgente necessidade de superação desse modelo.

Será por meio da adequada conceituação do que é efetivamente o dano moral que se deixará de adotar o nível do senso comum para o trato da matéria. Abandonar o subjetivismo e adotar um conceito técnico e objetivo acerca do dano extrapatrimonial é de fundamental importância para a superação da presente crise de superabundância.

A reconstrução racional do sistema passa por meio do abandono do subjetivismo e arbítrio na conceituação do dano extrapatrimonial. Apenas por meio dessa perspectiva constitucional é que se poderá conferir ao magistrado o conforto doutrinário indispensável para a adequada aferição do que seria o dano moral.

Referências

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1966.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 04 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 757.411/MG, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=757411&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>. Acesso em 6 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.159.242/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=5 >. Acesso em 6 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EResp 1.159.242/SP, Relator: Ministro Marco Buzzi, Brasília, 9 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=45>. Acesso em 6 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.493.125/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Brasília, 1 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201493125>. Acesso em 6 de junho de 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque, GODINHO, Adriano Marteleto. **Humanização do direito civil constitucional**: perspectivas e desafios. Florianópolis: Conceito, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsk et. al. **Direito civil constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil constitucionais e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgand. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STOLZE, Pablo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.