

Marcos Bonfim: O dano moral na acepção constitucional: conceito

Yussef Cahali há muito já nos alertava acerca da polissemia do vocábulo "dano moral" [1], que ensejaria de seu significado.



Com razão o autor, verificou-se e verifica-se, no

desenvolvimento da disciplina, uma série de divergências quanto à conceituação do instituto.

Na modernidade sempre vigeu na doutrina e jurisprudência um conceito de dano moral que tinha um viés nitidamente patrimonialista. Definia-se-lo não por aquilo que tal dano é, mas por aquilo que ele não é. Dano moral é o dano que não repercute no patrimônio economicamente avaliável da vítima, diziam nossos juristas [2].

Até o advento da Carta Magna, nada havia de anormal nessa definição. Em uma sociedade que até então tinha a tutela do patrimônio no centro da disciplina de suas relações privatísticas, o dano existencial era um estranho no ninho. Adotava-se, então, não um conceito "autônomo" para o instituto, mas um que deflagrava bem o fato de que era o patrimônio que erigia-se em "núcleo do sistema" [3].

A edição da Constituição, no entanto, provoca verdadeira virada de copérnico nos valores de nosso Direito Privado.

Primeiramente, é de se destacar que a Constituição pôs fim à discussão acerca de se seria possível indenizar o dano moral, ao proclamar expressamente essa possibilidade em seu artigo 5º, inciso V e X [4] [5].

Mas, para muito além disso, a Carta Magna trouxe, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como norte de nosso ordenamento jurídico, como finalidade-função do Direito pátrio, que tem como substrato filosófico-político o imperativo categórico kantiano, o dever moral fundante, transformado em comando jurídico, de tratar o ser humano sempre como fim em si mesmo, jamais como meio [6].

O homem em dignidade foi colocado "no vértice do ordenamento jurídico da nação" [7], fazendo-se do valor intrínseco à pessoa a primeira e decisiva realidade de nosso Direito, o liame unificador de todos os ditos ramos jurídicos.



Fruto dos anseios de nossa sociedade que conhecia sua redemocratização, a dignidade humana alçada a norte constitucional representa uma abrupta ruptura com os valores do individualismo e do patrimonialismo que, aponta Judith-Martins Costa, "*não mais eram compatíveis com o ethos da sociedade brasileira*" [8].

Impôs-se, assim, o abandono da postura patrimonialista-liberal do século 19, migrando a concepção do homem enquanto sujeito abstrato-atomizado titular de propriedade, para o sujeito tomado em sua dignidade, pessoa humana concretamente considerada em suas relações interpessoais [9].

É a pessoa humana, e não mais o patrimônio, que passa a anteceder e suceder qualquer instituição de direito, sendo sua razão de existência e seu ponto final.

Esse "componente ético inafastável" [10], esse valor de dignidade onipresente, provoca a releitura dos institutos do Direito que desde então devem ser funcionalizados para preservar e promover a existência digna da pessoa humana considerada em seu contexto real [11].

Em suma, passa a haver um dever jurídico fundamental, que é do Estado e é de cada um, de respeitar e promover a dignidade alheia.

Mesmo diante dessa considerável mudança de valores, a aludida definição negativa do dano moral, nada obstante, resistiu, e é a que prevalece ainda hoje em nossa doutrina [12].

Merece crítica essa resiliência. Se já pouco dizia antes, com o advento da Carta Magna esse conceito negativo do dano moral tornou-se mesmo incompreensível. Se a dignidade humana é erigida em "epicentro axiológico" [13] de nosso ordenamento, não mais se justifica que o instituto que põe-se imediatamente a tutelá-la seja definido em termos patrimoniais.

Partilhando dessa crítica, alguns doutrinadores, após essa guinada constitucional, foram buscar no conceito de direito subjetivo de personalidade uma definição mais adequada. Pioneiro nesse sentido foi Sérgio Cavalieri. Aponta o autor que "*o homem é titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os direitos de personalidade*". Então, conclui ser a agressão a um direito subjetivo de personalidade o que caracteriza o dano moral [14].

Com essa definição temos progresso, diz Maria Celina Bodin de Moraes. Aponta a autora que tal conceito afasta a centralidade patrimonialista e põe a pessoa humana em foco. Mais, afasta também uma altamente subjetiva e pouco técnica definição do dano moral como dor, como sofrimento, o que vinha sendo consagrado em nossa jurisprudência [15]. Tem-se aí um conceito mais objetivo, imprimindo maior rigor técnico e mais seriedade ao instituto [16]. Mas não é o bastante, diz Perlingieri.

Isso porque, bem destaca o autor italiano, que o próprio conceito abstrato de direito subjetivo é pensado para as titularidades patrimoniais, "*elaborado para a categoria do ter*" [17], em que há um sujeito proprietário e o objeto do direito.



Inadequado quando falamos em dignidade humana, porque para a *"categoria do ser não existe dualidade entre sujeito e objeto (...) a pessoa constitui ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação"* [18]. Além disso, destaca que o valor unitário e fundamental de dignidade não pode ser dividido e reduzido a direitos subjetivos isolados, *"como nas teorias atomistas"* [19].

É por isso que assevera o autor, e parece que com total razão, que do princípio constitucional da dignidade humana emana uma cláusula geral de tutela da pessoa humana que comanda juridicamente que o valor fundamental do ordenamento esteja na base de uma *"série aberta de situações existenciais"* merecedoras de tutela, que permitam a reação do ordenamento jurídico contra qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição intrínseca de dignidade. *"Tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas"* [20].

Nessa concepção, caracteriza-se como dano moral qualquer atentado ao ser humano em dignidade, permitindo-se que a elasticidade dessa tutela se erija em instrumento para legar efetividade protetiva aos diferentes aspectos desse valor unitário, ainda que não previstos como direitos subjetivos específicos.

Para Perlingieri, a pessoa humana realiza-se existencialmente *"por meio de uma complexidade de situações qualificáveis caso a caso como poder jurídico, interesse legítimo, direito subjetivo, faculdade, poderes"* [21]. Por isso melhor falar em situações jurídicas existenciais. Quando esses *"comportamentos e interesses subjetivos mediante os quais se realiza a personalidade"* [22] forem lesados, haverá dano moral.

Com arrimo nas lições de Perlingieri, Maria Celina Bodin de Moraes dá um pouco mais de densidade ao conceito, retirando dos postulados kantianos que intrínseco à ideia de dignidade humana estão os valores de solidariedade, liberdade, igualdade e respeito à integridade psicofísica [23].

Para a autora, trata-se, então, o dano moral, de *"lesão à dignidade da pessoa humana (...) a lesão a algum desses aspectos ou substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade, ou à integridade psicofísica de uma pessoa (...) a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico"* [24] [25].

Eis a definição adotada no presente trabalho.

[1] CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 23.

[2] Trazia Savatier que dano moral "é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária". SAVATIER, René apud CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 106.

[3] VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto, op. cit., p. 81.



[4] Artigo 5º, Inciso V, da CF: "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; Artigo 5º, inciso X: "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".

[5] Com isso, bem aponta Cavalieri que a discussão teve seu foco modificado. Passou-se a não mais se discutir se o dano moral é ou não indenizável, mas o que vem a ser o dano moral após a Constituição Federal. CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 106.

[6] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 115-116.

[7] CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 106.

[8] MARTINS-COSTA, Judith (et al). O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 89. Aponta a autora que a Constituição refletiu, indelevelmente, o clamor popular pelo rompimento com a "absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil". Teve lugar, na consagração da proteção da dignidade humana como finalidade de nosso direito, uma reação humanista à lógica proprietária e ao "individualismo possessivo".

[9] FACHIN, Luiz Edson. Direito civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 59.

[10] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente. In: Carmen Lúcia Silveira Ramos (org.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 132.

[11] Ibidem, p. 130.

[12] Ad exemplum, Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze definem, hoje, dano moral como "lesão a direitos, cujo conteúdo não é pecuniário". (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. 6.ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55); Maria Helena Diniz aponta que "o dano moral vem a ser lesão de interesses não patrimoniais". (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88.); Para Carlos Roberto Gonçalves dano moral é aquele que "não afetaria o patrimônio do ofendido". (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade



civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 565).

[13] SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60.

[14] CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 105-109.

[15] O REsp nº 59828, julgado em 2006, bem deflagra a adoção, pelo STJ, de um conceito subjetivo de dano moral: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO". (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147).

[16] MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil... op. cit., p. 246.

[17] PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764.

[18] Idem

[19] Idem.

[20] Ibidem, p. 765.

[21] PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 767.

[22] Ibidem, p. 766.

[23] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana... op. cit., p. 118-119.

[24] MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil... op. cit., p. 246-248.

[25] Em complemento, assevera a autora que "indenizável será o evento danoso relevante segundo uma



ponderação de interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais". Ibidem, p. 241.

Date Created
29/10/2021