



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
DOUTORADO EM DIREITO

AGATHA GONÇALVES SANTANA

**O DANO EXISTENCIAL COMO CATEGORIA JURÍDICA AUTÔNOMA: Um aporte
a partir de um diálogo com os Direitos Humanos**

Belém - PA

2017

AGATHA GONÇALVES SANTANA

DANO EXISTENCIAL COMO CATEGORIA JURÍDICA AUTÔNOMA: Um aporte a partir de um diálogo com os Direitos Humanos

Tese apresentada como requisito parcial de avaliação final para a obtenção do grau de Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPa sob a orientação da Professora Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

Belém - PA

2017

Santana, Agatha Gonçalves.

O dano existencial como categoria jurídica autônoma: um aporte a partir de um diálogo com os direitos humanos / Agatha Gonçalves Santana — Belém, 2017.

206 f.

Orientadora: Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Programa de Pós Graduação em Direito, Belém, 2017.

1. Danos patrimoniais. 2. Danos extrapatrimoniais. 3. Dano existencial. 4. Dignidade da pessoa humana. 5. Dano moral. I. Leal, Pastora do Socorro Teixeira. II. Título.

CDD: 22.ed. : 641.46

Agatha Gonçalves Santana

DANO EXISTENCIAL COMO CATEGORIA JURÍDICA AUTÔNOMA: Um aporte a partir de um diálogo com os Direitos Humanos

Tese apresentada como quesito parcial de avaliação final para a obtenção do grau de Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPa sob a orientação da Professora Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

BANCA EXAMINADORA

Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
Universidade Federal do Pará - UFPa

Dra. Rosita de Nazaré Sidrim Nassar
Universidade Federal do Pará - UFPa

Dra. Valena Jacob Chaves Mesquita
Universidade Federal do Pará - UFPa

Dr. Georgenor de Sousa Franco Filho
Universidade da Amazônia - UNAMA

Dra. Evanilde Gomes Franco
Universidade da Amazônia - UNAMA

Aprovada em 23 / 03 / 2017

Avaliação: _____

Belém - PA

2017

À Deus, pela proteção concedida.

Aos meus pais, Epitácio da Silva Santana (*in memoriam*) e Flaminia Gonçalves Santana, pela construção da pessoa que sou hoje.

A Fernando Augusto Morgado Ferreira Filho, pelo amor, carinho e dedicação que me dedica todos os dias.

À amiga e eterna professora Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal, por todos os ensinamentos e paciência.

Ao mestre Yoshizo Machida, por me ensinar, desde criança, força, caráter, razão, respeito, esforço e conter o espírito de agressão.

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que me fizeram o bem, com incentivos diretos ou indiretos, pelo bem-querer, carinho e cuidado, o agradecimento de coração por fornecerem forças para nunca me corromper e para seguir um bom caminho, da ética e da solidariedade.

Aos que me quiseram ou fizeram mal propositadamente, meus agradecimentos pelo ensino de como não ser e como não proceder, me tornando mais forte mediante às agruras da vida, bem como por me ensinar o que é ter compaixão por elas.

Quando aprendemos a usar a inteligência e a bondade ou afeto em conjunto, todos os atos humanos passam a ser construtivos.

Dalai Lama

O mundo muda, nós não. É aí que reside a ironia que nos mata.

Anne Rice

RESUMO

Hodiernamente muito se discute acerca da insurgência de novos danos observados na pós modernidade. Pode-se afirmar que tais observações, na seara jurídica, pode configurar um verdadeiro direito de danos, pedra angular do sistema de responsabilidade de determinado ordenamento jurídico. Tal situação desenvolveu-se dentro de um contexto de mudanças de paradigmas, conferindo ao sistema de responsabilidade civil uma verdadeira virada copernicana. Isso pelo fato de que a lógica econômica dos danos patrimoniais não se adequava perfeitamente à proteção integral da pessoa dentro dos ordenamentos jurídicos que reconheciam e evidenciavam a dignidade da pessoa humana e o personalismo ético. Os danos à pessoa, uma vez não possuindo caráter patrimonial, visivelmente necessitavam de uma tutela especial diferenciada. O grande passo foi dado quando do reconhecimento do dano moral como categoria de dano extrapatrimonial compensáveis, quando provocasse dor, angústia, vexação, humilhação ou exposição pejorativa à imagem de um indivíduo. Não obstante, não apenas a moral compõe o que o direito denomina como pessoa, a qual tem o direito a uma vida digna. Outros bens e interesses compõe a esfera pessoal do indivíduo, os quais de igual maneira necessitam de tutela, para a garantia da proteção integral do ser humano como o ideal máximo de proteção que se pode conferir para que se possa gozar de uma vida digna. O Superior Tribunal de Justiça, em sua súmula 387, já reconheceu a existência de dano estético, cumulado com danos morais, uma vez se tratando de bens e interesses diversos, podendo ser cumulados. A presente tese, portanto, apresenta uma nova categoria de dano extrapatrimonial, qual seja, a do dano existencial, categoria essa autônoma, com características e fundamentações próprias, realizando a dimensão existencial da dignidade da pessoa humana, bem como possuindo critérios próprios de aplicação, e que, portanto, cumulável com as demais, reforçando a ideia de proteção integral do ser humano, a que se propõe ordenamentos jurídicos, tais quais o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Danos patrimoniais. Danos extrapatrimoniais. Dano Moral. Dano Existencial. Dignidade da pessoa humana.

RIASSUNTO

Nel nostro tempo molto si discute circa l'insurrezione di nuovi danni osservati nella modernità posta. Si può dire che tali osservazioni, la raccolta legale, possono formare un vero e proprio diritto al risarcimento, la pietra angolare del particolare sistema di responsabilità della legge. Tale situazione si è sviluppata in un contesto di cambiamenti di paradigma, dando al sistema di responsabilità un vero e proprio turno corpenicano. Che il fatto che la logica economica dei danni non si adattava perfettamente alla piena protezione della persona all'interno dei sistemi giuridici che riconoscono e la prova della dignità umana e personalismo etico. Il danno alla persona, come non patrimoniale, chiaramente bisogno di una protezione speciale diverso. Il grande passo è stato compiuto quando il riconoscimento del danno morale come una categoria di fuori bilancio danno risarcibile se provocato dolore, angoscia, vessazione, immagine di esposizione dispregiativo di un individuo o di un'umiliazione. Tuttavia, non solo morale compone ciò che il diritto chiama come una persona, che ha il diritto ad una vita dignitosa. Altri beni e gli interessi costituiscono sfera personale dell'individuo, che ugualmente richiedono una protezione, per garantire la piena tutela della persona umana, come la protezione più ideale che si può dare in modo che si può godere di una vita dignitosa. La Corte Superiore di Giustizia nella síntese 387, ha riconosciuto l'esistenza di un danno estetico, cumulado con danni morali, dato che il caso di attività e interessi, e possono essere combinati. Questa tesi presenta quindi una nuova categoria di fuori bilancio danni patrimoniale, il danno esistenziale, autonomo, con proprie caratteristiche e fondazioni, così come i suoi propri criteri applicativi e, di conseguenza, possono essere aggiunti agli altri, rafforzando l'idea dell'essere umano protezione completa, propone sistemi giuridici, tale che il sistema giuridico brasiliano.

Parole chiave: danni patrimoniale. danni non patrimoniale. danni morali. danno esistenziale. La dignità umana.

ABSTRACT

Nowadays, much is discussed about the insurgency of new forms of damage studied at the actual time of post modernity. It could be affirmed that these studies, in legal scope, configures a truly right of damages, the center of determinated legal order. This situation developes inside of a context of Paradigm's changing, enabling changes in the system of legal liability. This because the economic logic of the patrimonial damages doesn't fit perfectly to the full protection of the human being in the legal orders within the legal systems that recognized the human dignity and the ethical personalism. The damages to the person, once it doesn't have a patrimonial character, visibility needed a differentiated guardianship. The first step was taken when recognition of the moral damage as category of extra patrimonial damages that could be compensables, when they provoked pain, anguish, vexation, humiliation or pejorative exposure to the image of an individual person. However, not only the moral composes what the legal order denominates as person, whose has the right to a dignified life. Others goods and interests composes the personal sphere of the individual person, which ones, similarly needs guardianship, to realize the full protection of the human being, as the maximum ideal of protection to anyone could live a dignified life. The Superior Justice Tribunal of Brazil, in its enunciation 387, had recognized the existence of the esthetic damage, belongs the moral damage, once it's about different goods and interests, they could be cumulated. The thesis, thus, presents a new category of extra patrimonial damage, the existential damage, autonomous, with own characteristics and grounds, as well as an own criteria of application, and, accordingly, they could be cumulatives with anothers forms of damages.

Key words: *Patrimonial damages. Extra patrimonial damages. Moral damage. Existential damage. Dignity of the human being.*

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	PERSPECTIVA EMBRIONÁRIA DO DANO EXISTENCIAL: Das raízes italianas à Corte Interamericana dos Direitos Humanos	18
1.1	PRIMÓRDIOS E CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ITALIANO: O contexto e a ambientação das mudanças iniciais sobre o direito de danos e o sistema ressarcitório italiano	20
1.1.1	O dano não patrimonial como catalizador da mudança do pensamento italiano: A evolução do conceito de dano e do sistema de responsabilidade	30
1.1.2	O binômio despatrimonialização e personalização do sistema indenizatório do sistema italiano: Ao que o Tribunal Italiano denominou de “dilatação do conceito de patrimônio”	37
1.1.3	O reconhecimento do dano existencial nos Tribunais Italianos: Análise das principais decisões acerca do dano existencial	41
1.1.3.1	Sentença 184 da Corte Constitucional Italiana, de quatorze de julho de 1986	42
1.1.3.2	Sentença 6607 da Corte de Cassação, de onze de novembro de 1986	42
1.1.3.3	Sentença 500/1999 da Corte de Cassação Italiana	46
1.1.3.4	Decisão número 9417 de 21 de outubro de 1999, proferida pelo Tribunal de Milão	47
1.1.3.5	Sentença 7.713 da Corte de Cassação, de sete de junho de 2000 e Sentença 7.715/2000 da Corte Constitucional: O dano existencial gerado pelo não cumprimento do dever dos pais em sustentar os filhos	49
1.1.3.6	Sentença 7.715/2000 da Corte Constitucional	51
1.1.3.7	Sentença destaque do Tribunal Penal de Locri, de seis de outubro de 2000, referente à responsabilidade de médico em ecografia fetal por erro de avaliação	51

1.1.3.8	Sentença da Corte de Apelação de Áquila, <i>Sezione Agraria</i> , de vinte e sete de fevereiro de 2001, referente a RGC 9/99 em causa civil agrária	53
1.1.3.9	Sentença de número 9009 de 3 de julho de 2001 da Corte de Cassação Italiana, <i>Sezione Lavoro</i>	54
1.1.3.10	Sentença da Corte de Apelação de Gênova, de sete de fevereiro de 2003, conhecido como “o Caso Barillà” referente à responsabilidade do Estado por prisão de inocente	56
1.1.3.11	Sentença número 233 da Corte Constitucional, de onze de julho de 2003, referente a responsabilidade de acidade de trânsito relacionada à culpa presumida	58
1.1.3.12	Corte Suprema de Cassação decisão número 6.572 de 24 de março de 2006	59
1.1.4	Crítica italiana sobre a autonomia do dano existencial	61
1.2	DANO EXISTENCIAL EM SOLO AMERICANO: A análise do dano existencial na Corte Interamericana dos Direitos Humanos em relação ao projeto de vida da pessoa	64
1.2.1	Consagração jurisprudencial do “dano ao projeto de vida” na Corte Interamericana dos Direitos Humanos	65
1.2.2	A centralização na pessoa em seu caráter ético, humanista e existencial provocado pelo reconhecimento na Corte Interamericana dos Direitos Humanos acerca do dano ao projeto de vida	70
2	CONCEITUAÇÃO E AUTONOMIA DO DANO EXISTENCIAL NO BRASIL: Do conceito de dano existencial e sua autonomia como categoria jurídica	78
2.1	PREMISSAS BÁSICAS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA E SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	88
2.1.1	Da eficácia dos direitos fundamentais como legitimador do dano injusto causado por infringência à dignidade da pessoa humana aos indivíduos: A delimitação do elemento subjetivo da pesquisa	96
2.1.2	Dano existencial como uma das novas espécies de danos	99

	exurgidos na pós-modernidade: A contextualização do objeto da pesquisa	
2.1.3	A proteção do ser humano como justificção da categorização dos danos	107
2.1.3.1	A responsabilidade como garantia fundamental: A proteção do ser como <i>numerus apertus</i>	110
2.1.4	O Código Civil como sistema plúrimo de proteção e coerência com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	110
2.2	DA NECESSIDADE DE CATEGORIZAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL NO BRASIL	114
2.2.1	A possibilidade jurídica da reparação do dano existencial no Brasil: O dano existencial como espécie de dano extrapatrimonial	115
2.2.2	Uma visão crítica do reconhecimento jurisprudencial brasileiro: Advento da aplicação do conceito de dano existencial no Brasil	116
2.2.3	A problemática da debilidade empírica do antiexistencialismo	120
2.3	CONTEÚDO E OBJETO DO DANO EXISTENCIAL A PARTIR DE UMA RELEITURA NECESSÁRIA DOS INTERESSES JURÍDICOS	123
2.3.1	Da aplicação da responsabilidade objetiva, subjetiva e possibilidade da admissão do dano existencial <i>in re ipsa</i> à possibilidade do dano existencial reflexo	130
2.4	DISTINÇÃO NECESSÁRIA DO DANO EXISTENCIAL DOS DEMAIS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: Da possibilidade de cumulação com outras modalidades de danos	132
2.4.1	Dano moral e dano existencial	133
2.4.1.1	Sentido prático para a distinção	135
2.4.1.2	A necessidade de análise do aspecto relacional	139
3	IMPACTO DO DANO EXISTENCIAL NA JURISPRUDENCIA BRASILEIRA: A ausência de métodos e de critérios pelos Tribunais Brasileiros para sua aplicação	142
3.1	DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS UTILIZADOS NA INTERPRETAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL: Análise das decisões judiciais acerca do dano existencial no Brasil	145

3.1.1	Do primórdio do dano existencial no Brasil: Análise das decisões da Justiça do Trabalho sobre o dano existencial	147
3.1.1.1	Do Tribunal Superior do Trabalho	148
3.1.1.2	Dos Tribunais Regionais do Trabalho	156
3.1.2	A Justiça Comum e o Dano existencial	163
3.1.2.1	Superior Tribunal de Justiça	163
3.1.2.2	Dos Tribunais de Justiça dos Estados-Membros da Federação	167
3.2	DEMONSTRAÇÃO DOS EQUÍVOCOS DEDUZIDOS DA ANÁLISE DOS JULGADOS	174
3.2.1	O critério utilizado pelos Tribunais: O critério autoritativo mencionado em Kauffman	175
3.3	NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DO CRITÉRIO AUTORITATIVO: Advento do Novo Código de Processo Civil e a ascensão do chamado direito jurisprudencial e seus impactos sobre o reconhecimento do dano existencial no Brasil	179
3.3.1	A necessidade da correta compreensão de direito privado: o injusto como antijurídico	181
3.4	APLICAÇÃO DO NOVO CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL À LUZ DO CRITÉRIO LIBERAL ARGUMENTATIVO: novos horizontes e impactos esperados	182
	CONCLUSÃO	190
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	193

INTRODUÇÃO

Prefacialmente, antes de se adentrar sobre o tema do dano existencial, frisa-se como ponto de partida a superação do racionalismo positivista, o qual almeja resultados definitivos e parâmetros absolutizados. Não se há de cogitar a chamada “ditadura do método”, ou seja, a imposição à atual conjuntura global levando-se em consideração apenas o que pode ser mensurado. O objeto e o sujeito de estudo hoje estão transcendentalizados.

Muito além da aplicabilidade científica, deve-se proceder com uma discussão filosófica de olhar transdisciplinar. Isso porque o direito é um *plus*, algo que serve para o ser humano e não o inverso. Ademais, deve-se destacar que a humanidade hoje é vista pela filosofia contemporânea como uma relação multidimensional¹ com outros seres humanos, com o meio o qual inserido, bem como dos saberes conhecidos e produzidos.

A presente tese, destarte, ocupa-se, primeiramente, em analisar as raízes e desenvolvimento do dano existencial, bem como identificar seu conteúdo, a partir da reanálise necessária dos conceitos prévios de interesses tuteláveis pelo direito e de bem jurídico. Frisa-se no conteúdo do dano atingido que alberga a tutela do Estado, com o objetivo de aclarar as dúvidas originadas a partir da aplicação do novel instituto.

Assim, toma-se como premissa o reconhecimento dos danos indenizáveis e danos não indenizáveis sobre a pessoa humana, sejam eles analisados à luz de atos lícitos ou atos ilícitos, desde que configurem um dano injusto, quais sejam, aqueles que não devem ser suportados ou postos à responsabilidade da própria vítima.

O direito brasileiro vem se desenvolvendo nitidamente com a colaboração do discurso principiológico, tais como previsto na Constituição da República Federativa de 1988, quando aponta para o objetivo de uma sociedade solidária em seu artigo 3º, I, bem como com base no Código Civil de 2002, de base Realiana, e legislação esparsa como a do microssistema de defesa do consumidor dentre outras, formado um sistema de proteção integral como uma grande rede tecida com os fios da dignidade da pessoa humana.

¹ MORIN, Edgar. A articulação dos saberes. In: **Os sete saberes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 30

Na ideia de Miguel Reale², sendo o Direito tridimensional, deve ser conhecido à luz do fato, do valor e da norma que o compõe, de forma indissociável, e assim se deseja proceder com a análise do dano existencial no presente trabalho.

Não se pode esquecer, nesse sentido, do caráter não exauriente do rol de direitos fundamentais contidos no artigo 5º da Constituição da República Brasileira de 1988.

Por outro lado, a necessidade de isolamento dos danos por critérios jurídicos a partir de um determinado fato gerador comum faz-se necessário para o objetivo de proteção integral do ser humano, impedindo o fenômeno do esvaziamento da responsabilidade, viabilizando a cumulação dos danos a partir do bem ou interesse lesado ou mesmo ameaçado com o objetivo de preservação da própria existência humana, bem como de sua existência digna.

Daí que se deve reconhecer a categorização do dano existencial, com o objetivo de instrumentalizar e concretizar ao máximo possível a humanidade inerente ao indivíduo no mundo fático. A pessoa tutelada não é pessoa qualquer, fictícia, é a pessoa humana, mais do que um mero sujeito abstrato e hipotético. O dano existencial concede humanização e uma verdadeira revolução no sistema de reparação dos danos.

Destaca-se que, após o advento do Novo Código de Processo Civil – Lei Federal 13.105/2015, há de se afirmar uma completa simbiose e circularidade do direito material e processual, onde o Poder Judiciário complementa o sistema de proteção legislativo, formando a própria norma a partir do caso concreto, dada a adoção oficial do sistema de precedentes.

A reforma de pensamento, portanto, faz-se necessária: Com a assunção de novos conceitos, novos danos, novos potenciais de danos, novos modelos de poder e novos modelos de controle, surgem necessariamente, novos modelos de responsabilidade e regulamentação.

Crucialmente, não se trata de uma mera exportação de valores como possa parecer, mas de um reconhecimento universal de um verdadeiro direito de conteúdo existencial que evidencie a tentativa de aplicação da máxima proteção pelo abalo a dignidade da pessoa humana.

² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. 4 T. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

Quanto ao tipo de pesquisa utilizada para a elaboração da presente tese, debruçou-se profundamente na doutrina, legislação e jurisprudência nacionais e estrangeiras, em particular italianas, dada a origem do instituto a ser analisado. Buscou-se, assim, uma análise objetiva acerca do instituto e sua categorização, sempre com foco no isolamento do objeto.

A matriz teórico-filosófica abre-se a partir do existencialismo, em especial na obra de Jean-Paul Sartre e Hannah Arendt, focando na questão do projeto de vida adequado inserido dentro de um determinado tempo e espaço, bem como a realização do indivíduo em sua condição humana.

Dentro de uma sociedade liberal e de influência neokantiana, aplica-se o conceito de justiça distributiva de John Rawls onde o indivíduo, afastando-se de uma óptica utilitarista, deve perquirir seus planejamentos pessoais, dado o direito de ter sonhos e a projetar sua vida dentro de suas condições.

Em relação ao inventário da pesquisa jurisprudencial brasileira, basicamente foi refinada pelo critério quantitativo, desde a primeira referência nos Tribunais brasileiros até dezembro de 2015, com o objetivo de demonstrar o mau vezo da categoria do dano existencial, em diversas vezes confundido de forma errônea indistintamente com o dano moral.

Não obstante, destacou-se a primeira decisão consistente e coerente sobre o assunto em território brasileiro, da lavra do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, cujo voto de autoria da Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal demonstrou a aplicabilidade e viabilidade desse dano como categoria autônoma.

Realizada a análise documental e da coleta dos dados que compuseram os pontos de estrangulamento da pesquisa, foram realizadas as análises críticas dos casos, de modo dialético-dialógico para que se possa extrair os insumos necessários para uma “revisitação” de conceitos jurídicos tais como interesse jurídico, bem jurídico e de objeto do direito.

Aplicou-se o critério dedutivo aos dados coletados, no momento em que, dentre vastas decisões, pôde-se perceber que os tribunais não estão adotando um critério adequado para a aplicação do dano existencial. Não obstante, o critério indutivo também foi utilizado, quando da conceituação do dano existencial, do plano teórico para o plano fático.

Começa-se assim um trabalho dividido em três seções, aonde a primeira traz a análise da origem desta importantíssima categoria de dano, sua influência na

Corte Interamericana dos Direitos Humanos; a segunda demonstra de modo criterioso a existência do dano existencial a partir das premissas filosóficas e jurídicas aplicadas a partir de um pensamento complexo; e a derradeira seção separa a análise das decisões, bem como a demonstração dos equívocos cometidos e os impactos do reconhecimento do dano existencial da forma correta no Brasil.

Não se pode olvidar o fato de que o Brasil, por outro lado, adotou o sistema de precedentes com o advento do Código de Processo Civil de 2015, alertando-se para o grande perigo da formação de precedentes que possam veicular conceitos errôneos e causar profundas injustiças futuras com o aspecto vinculante de uma categoria mal utilizada.

O dano existencial, na presente tese, é apresentado como um novo instrumento legítimo para efetivar mais do que uma vida digna, mas uma existência digna para o ser humano, que não apenas depende de elementos básicos para sobrevivência, mas de motivos para viver, os quais advêm das profundezas de sua forma mais básica de humanidade: sua liberdade e suas necessidades individuais a serem disciplinadas pelas normas jurídicas.

1. PERSPECTIVA EMBRIONÁRIA DO DANO EXISTENCIAL: Das raízes italianas à Corte Interamericana dos Direitos Humanos

Primordialmente, para que se possa desenvolver o chamado estado da arte³, é de extrema relevância iniciar a análise e justificação do dano existencial em suas raízes, acompanhando sua evolução e trajetória, bem como a lógica inicial utilizada, com o objetivo de analisar sua formação embrionária até suas perspectivas atuais e para o futuro⁴.

Isso porque, aplicando-se a correta metodologia, deve-se proceder com a análise das raízes e construção do pensamento acerca do dano existencial, dentro do ambiente e contexto em que o mesmo foi idealizado e aplicado originalmente, bem como sua trajetória, sua ambientação no cenário jurídico, para que se possa visualizar seus alicerces, conhecer a sua fundamentação, bem como procurar condições de criticar de forma profícua seu objeto e seu sujeito.

Considera-se objeto, no presente caso, o objeto jurídico a ser estudado, visualizado à luz da consideração estática do fenômeno jurídico, bem como o objeto da relação jurídica gerada, como elemento de uma determinada situação jurídica⁵.

Faz-se mister ter em mente que acompanhar a evolução do objeto a ser estudado possui como objetivo muito mais do que analisar um histórico, mas sim conhecer o berço e desdobramento dos casos iniciais sobre os direitos existenciais e suas possíveis lesões em suas causas e efeitos para que se possa promover a

³ Nesse sentido, o chamado “estado da arte” é aqui tido como uma produção do estado de conhecimento de caráter bibliográfico com o objetivo de mapear e discutir o tema acadêmico para solucionar questionamentos em sua dimensão de tempo e lugar, bem como a análise dos meios e condições de afetação, cuja metodologia possui caráter inventariante e descritivo de um fenômeno. Nesse sentido, FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. **As pesquisas denominadas “estado da arte”**. In: Educação & Sociedade, ano XXIII, no 79, Agosto, 2002, p. 258. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n79/10857.pdf>> Acesso em 20 dez. 2016. Também, em relação a etimologia da palavra, “arte é genialidade criadora, síntese de razão-corpo-espírito, relâmpago divino, magia no estilo de pensar, falar, escrever, amar, trabalhar, educar, sorrir, semear, colher, vender, construir, inventar”, sendo embasamento do estudo da ética. MARCHIONNI, Antonio. **Ética: A arte do bom**. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 17.

⁴ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Conforme orientação para a Tese de doutorado realizada no dia 07 de dezembro de 2016.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 223.

dialética, elementos essenciais dentro da metodologia científica em prol da produção de conhecimento⁶.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil”⁷, mas não apenas por conta das controvérsias atuais se existe ou não responsabilidade civil por mera conduta, sem a presença do mesmo, como também é longo o embate acerca da categorização dos danos, classicamente divididos em danos patrimoniais e extrapatrimoniais, muitas vezes confundidos genericamente com os danos morais.

Dano, do latim *damnu*, significa perda, mal, prejuízo⁸. Na doutrina tradicional brasileira, significa a “subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima (...)”⁹. Portanto, sempre há um sentido de prejuízo ou perda, independentemente da materialidade ou natureza do fato¹⁰.

Neste capítulo faz-se necessária a análise não apenas da origem, como também da trajetória do desenvolvimento do conceito de dano existencial, com o objetivo de se verificar o contexto de sua aplicação, sua valoração e sua adequação aos casos aplicados, tanto em solo europeu como em solo americano.

Como salientado por Gabriel Undurraga¹¹, o objeto investigado não pode ser visualizado apenas sobre as fontes do direito, mas também a fundamentação filosófica do dever ser, a análise do contexto histórico, bem como os aspectos transdisciplinares do ser, conjugando análises sociais, antropológicas e até mesmo psicológicas do que e de quem está sendo investigado.

Ademais, foca-se o presente trabalho na junção do elemento humano, em seu conteúdo psicológico, nas palavras de Francesco Carnelutti, detentor de necessidades e liberdade para estabelecer relações na conformidade de seus interesses. Destaca-se, portanto, ao que o mestre italiano denominou de “pessoas

⁶ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2 ed. Novo Hamburgo: Universidade Feevale, 2013, p. 15-16.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

⁸ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 3 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993, p. 409.

⁹ CAVALIERI FILHO, Op. Cit., p. 71.

¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1393.

¹¹ UNDURRAGA, Gabriel Álvares. **Metodología de la Investigación Jurídica**. Santiago: Universidad Central del Chile, 2002, p. 25-26.

que podem ser sujeitos de relação jurídica”, constituindo um ente abstrato, o ser humano em sua natureza¹².

Para isso, deve-se utilizar uma releitura do sujeito de direito, abandonando-se o sujeito visto pelo ranço do positivismo normativista formal, de viés abstrato e patrimonialista. Sob essa óptica, os sistemas jurídicos que compõem o ordenamento seriam supostamente completos, iniciando-se a construção de conceitos abstratos de caráter cogente posto a partir de uma organização de força¹³.

Vê-se, aqui, o sujeito não como uma ficção jurídica, possuidor ou proprietário de bens materiais que deles dispõe, mas sim o sujeito personificado, o qual possui direitos indelével e indisponíveis fundamentais para que possa exercer uma vida digna. Essa é a visão do direito contemporâneo, que implicou em um reposicionamento em relação ao sujeito¹⁴, conforme será abordado no presente trabalho.

O conhecimento jurídico, destarte, é o resultado da investigação realizada no direito, no tempo e no espaço, com o objetivo de descobrir soluções adequadas ao contexto atual, dinâmico e mutável, também para adequar os próprios ordenamentos jurídicos aos quais tais problemas estejam inseridos¹⁵.

Assim, inicia-se nesta primeira seção a análise do contexto italiano em relação ao seu sistema de responsabilidade civil quando da caracterização e aplicação do dano existencial, bem como sua aplicabilidade posterior na Corte Europeia de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, até a chegada em solo brasileiro, bem como quais os problemas enfrentados em todos estes patamares.

1.1 PRIMÓRDIOS E CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ITALIANO: O contexto e a ambientação das mudanças iniciais sobre o direito de danos¹⁶ e o sistema ressarcitório italiano

¹² CARNELUTTI, 2006, p. 215-216.

¹³ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2004, p. 287-288.

¹⁴ MORAES, Hermes Santos Blumenthal de. **O papel das cláusulas gerais e sua aplicação no direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Paixão, 2014, p. 24.

¹⁵ UNDURRAGA, 2002, p. 27.

¹⁶ No presente trabalho, considera-se como “Direito de danos”, à luz da melhor doutrina atualizada, como um estudo em separado do instituto da responsabilidade civil, cujo objetivo é analisar o dano como evento e resultado, como causa e efeito, isolando metodologicamente sujeito e objeto, de forma a desenvolver a plenitude da responsabilidade civil como concretizadora da proteção integral do ser humano. Dentro desse aspecto desse

De início, é essencial frisar que o contexto do surgimento do chamado dano existencial, ou *danno esistenziale*, de acordo com o termo original, foi fruto do que a doutrina italiana denomina de uma verdadeira crise¹⁷ ou declínio¹⁸ do sistema tradicional de sua responsabilidade civil.

Com efeito, a Itália, primeiro país a enfrentar o problema do dano existencial de forma minudente, dentro de seu sistema de responsabilidade tipificado e hermético, identificou, empiricamente, nos julgados de suas Cortes, tal possibilidade de ressarcimento por esta forma de lesão ao ser humano.

Por outro lado, esse reconhecimento construiu-se de forma lenta e vagarosa, justamente tendo em vista tal sistema ser embasado sob a óptica positivista formal do *civil law*, de extremo viés patrimonialista e tipificador o qual estava calcado o ordenamento jurídico italiano, que apresentou um rol típico de ilícitos indenizáveis tanto civil quanto penalmente.

Destaca-se que o Código Civil italiano, datado de 16 de março de 1942 ainda possui um forte ranço da esfera patrimonial em seu texto. Mencionado Diploma Civilista possui 2969 artigos, distribuídos em uma parte geral e seis livros, sendo a parte dedicada à responsabilidade encartada à esfera do ato ilícito¹⁹.

Em relação ao sistema de responsabilidade sobre danos à pessoa, portanto, o Código Civil Italiano era embasado, como ainda o é, na dicotomia da reparação do dano patrimonial, e uma visão reducionista e tipificada do que chamava de reparação por dano não patrimonial. O primeiro se consubstanciaria em uma ação ou omissão que acarretasse diminuição direta ou indireta no patrimônio da vítima do dano²⁰, e o segundo, de uma maneira genérica, uma ofensa à esfera psíquica da

verdadeiro “direito de danos”, pode-se afirmar o estudo da responsabilidade civil sobre os danos provocados sobre o ser humano, inclusive na hipótese de ausência de sua ocorrência, quando do mero estado de exposição a perigo da pessoa. LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁷ CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrícia. *Il ressarcimento del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 04.

¹⁸ ZIVIZ, Patrícia. *Il danno non patrimoniale: Evoluzione del sistema risarcitorio*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 22.

¹⁹ ITALIA. **Codice Civile**. Milano: Altalex, 2013. Disponível em <https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/politics/research/statorg/italy/ngo/Association_Law_-_Codice_Civile.pdf> Acesso em 16 nov. 2016.

²⁰ Nesse sentido, o Código Civil Italiano, em seu artigo 2043 concebe a possibilidade de indenização por dano injusto cometido por ato ilícito, por quem tenha agido com dolo ou

pessoa sem repercussão patrimonial, causando-lhe angústia, medo, humilhação, aflição ou vergonha²¹, que genericamente era traduzido como dano moral.

Assim, foi verificado um problemático sistema legislativo fechado e reducionista sob a óptica da responsabilidade por danos provocados ao ser humano, em especial ao que a lei italiana chama de “danos não patrimoniais”: apenas se poderia cogitar em reparar danos fora da esfera patrimonial do indivíduo que alegasse um dano nas hipóteses espreiadas do Código Civil²², ou outras raras previsões na legislação, tais como danos processuais²³, responsabilidade por dolo

culpa. Em ato contínuo, tipifica em espécie os danos a serem indenizados, tais como o dano cometido por incapaz, pelo exercício de atividade perigosa, pelo responsável por objetos ou animais, bem como dos edifícios. Em outras passagens do mesmo diploma legal, como por exemplo em seus artigos 10 e 81, faz alusão ao ressarcimento pelo abuso do uso da imagem, bem como por dano causado por promessa de casamento. Todas essas ocasiões na tentativa de exaurir as possibilidades de dano. ITALIA. **Codice Civile**. Milano: Altalex, 2013. Disponível em

<https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/politics/research/statorg/italy/ngo/Association_Law_-_Codice_Civile.pdf>.

Acesso em 08 ago. 2016.

²¹ Importante destacar aqui o artigo 2059 do Código Civil Italiano, o qual prevê que o dano não patrimonial deve ser ressarcido unicamente nos casos determinados em lei. ITALIA. **Codice Civile**. Milano: Altalex, 2013. Disponível em <https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/politics/research/statorg/italy/ngo/Association_Law_-_Codice_Civile.pdf>

Acesso em 08 ago. 2016. Interessante ainda destacar que o termo “não patrimonial” adotada pelos italianos não parece adequada, conquanto, além de ser demasiadamente genérica, tenha reflexos patrimoniais ou possa ser indenizada de maneira patrimonial. Menos adequada ainda seria a expressão “imaterial”, uma vez que existem direitos, tais quais a energia elétrica, que, por sua natureza é imaterial, impalpável e intangível, não obstante seja relacionada a um direito patrimonial, considerada como bem móvel ou *comoditie*, não recaindo sobre a pessoa em sua humanidade, embora seja considerada imaterial. Ademais, a pessoa também pode ser constituída de matéria física, relacionada a seu corpo, bem como de parte imaterial, como seu espírito e intelecto componentes dos direitos de personalidade. Nesse sentido, o esclarecimento fornecido em orientação do dia 07 de dezembro de 2016 pela professora Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal. Eis então a nomenclatura adotada no presente trabalho, considerando-se o dano extrapatrimonial gênero, dos quais se enquadra como espécie o dano ao meio ambiente e o dano à pessoa, foco central do dano existencial. Não obstante a adoção de tal terminologia, também se considera como corretos os termos “danos às coisas” e “dano à pessoa” (o qual pode ser físico ou corporal ou moral ou anímico), utilizado por Carlos Sessarrego e Rui Stoco, mas que não serão utilizados no presente trabalho. STOCO, Rui, 2011, p. 1396.

²² O que é inclusive reiterado no artigo 185 do Código Penal Italiano, o qual reza pela necessidade da previsão na lei civil para que se possa cogitar no ressarcimento do dano. ITALIA, **Codice Penale**. Disponível em <<http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>>. Acesso em 10 set. 2016.

²³ Conforme se depreende do artigo 89 do Codice de Procedura Civile Italiano. ITALIA. Milano: Altalex, 2014. Disponível em <<http://www.paolonesta.it/attachments/article/1533/Codice%20di%20Procedura%20Civile,%20Ed.%20Marzo%202014%20-.pdf>> Acesso em 20 abr. 2015.

ou culpa de magistrados e membros do Ministério Público Italiano²⁴, injusta detenção²⁵ e violação da lei do tratamento de dados pessoais²⁶.

Dentro dessa perspectiva, o dano não patrimonial restava limitado ao *danno morale-suggestivo*, identificado pela aferição no caso de dor, física e psíquica, cuja ressarcibilidade seja concedida apenas em hipóteses de crime. Mais rígido e menos razoável, dado que fundado não no objeto da lesão, mas unicamente no caráter penal do ilícito²⁷, e, a partir deste postulado simplificado de dano não patrimonial o sistema de responsabilidade civil italiano entrou em crise.

Conforme salientado anteriormente, ao contrário do sistema brasileiro, o direito italiano possui um sistema de responsabilidade civil fechado. O artigo 2059 do Código Civil italiano é claro ao indicar que o dano não patrimonial deverá ser ressarcido unicamente nos casos determinados pela lei.²⁸

Inspirado no BGB alemão²⁹, o Código Civil italiano de 1942 inaugurou um sistema guiado pela tipicidade, aparentemente mais flexível, dado que remete à lei e ao ordenamento em geral a definição das hipóteses de reparabilidade. Aparente no sentido de que a interpretação do artigo 2059 limitou-se às possibilidades às hipóteses de crimes previstos no Código Penal Italiano. Destarte, a norma, que pretendia dirigir-se em direção à tipicidade, acabou ganhando rigidez.³⁰

Assim, além das hipóteses decorrentes de crimes, somente há previsão legislativa expressa de responsabilidade pela indenização de dano extrapatrimonial decorrente de ilícito civil em raras hipóteses previstas em legislação esparsa, tais

²⁴ Presente em lei especial para a ocasião do ressarcimento do dano ocasionado no exercício da função jurisdicional pelo Ordenamento Jurídico Italiano. ITALIA. **Legge 117 di 13 aprile 1988. Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati.** Disponível em <http://www.governo.it/Presidenza/USR/magistrature/norme/L117_1988.pdf> Acesso em 27 jul. 2015.

²⁵ Conforme situação prevista no artigo 314 do Codice de Procedura Penale Italiano. ITALIA. **Codice di procedura penale.** Disponível em <http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf> Acesso em 20 abr. 2015.

²⁶ Referente à Lei italiana 675 de 1996. ITALIA. **Legge n. 675 del 31 dicembre 1996. Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali.** Disponível em <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>> Acesso em 27 jul. 2015.

²⁷ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 5 ed. São Paulo: Atlas 2013, p. 113.

²⁸ “Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. ITALIA. **Codice Civile.** Milano: Altalex, 2013.

²⁹ O assim conhecido como Código Civil da Alemanha.

³⁰ SCHREIBER, Op. Cit., p. 112.

como danos processuais³¹, responsabilidade civil de membros do poder judiciário e Ministério Público por dolo ou culpa grave no exercício da função³², injusta detenção³³ e violação de normas de tratamento de dados pessoais³⁴.

Não havia, até então, no ordenamento jurídico italiano, o reconhecimento de uma cláusula geral de ressarcimento, tida como um conceito aberto sujeito a valoração de sua aplicabilidade e consequência pelo magistrado, de forma a conceder-lhe maiores poderes.

Ademais, a proteção da pessoa, sob o aspecto tradicional, estava sujeita à lógica patrimonialista, resultando em um sistema de responsabilidade civil inteiramente sujeito aos códigos e legislações extravagantes, refletindo um forte arraigamento à linha positivista formal. A própria tutela ressarcitória sobre danos extrapatrimoniais era idealizada como reparatória, na tentativa de deduzir o decréscimo patrimonial sofrido pela vítima, como uma forma de patrimonialização forçada do dano³⁵, confundindo-se o evento com a consequência jurídica aplicada.

De um modo geral, conforme melhor doutrina italiana utilizada sobre o tema, Paolo Cendon e Patrícia Ziviz³⁶ evidenciam dentro deste contexto que a salvaguarda ressarcitória da pessoa estaria sujeita a uma lógica patrimonialística e econômica da qual estava permeado o instituto da responsabilidade civil e, em geral, o inteiro sistema formado pelo Código Civil Italiano.

³¹ Como os encontrados no Código de Processo Civil Italiano em seu artigo 89. ITALIA. **Codice di procedura civile**. Milano: Altalex, 2014. Disponível em <<http://www.paolonesta.it/attachments/article/1533/Codice%20di%20Procedura%20Civile,%20Ed.%20Marzo%202014%20-.pdf>> Acesso em: 15 set. 2015.

³² Presente na Lei 117 de 13 de abril de 1988, que dispõe do ressarcimento dos danos causados no exercício das funções judiciais e da responsabilidade civil dos magistrados. ITALIA. **Legge 117 di 13 aprile 1988. Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati**. Disponível em <http://www.governo.it/Presidenza/USR/magistrature/norme/L117_1988.pdf> Acesso em: 15 set. 2015

³³ Previsão no artigo 314 do Código de Processo Penal Italiano. ITALIA. **Codice di procedura penale**. Disponível em <http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf> Acesso em: 15 set. 2015.

³⁴ Conforme se pode observar da lei que tutela a pessoa e outros sujeitos a respeito do tratamento de seus dados pessoais. ITALIA. **Legge n. 675 del 31 dicembre 1996. Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali**. Disponível em <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>> Acesso em: 15 set. 2015.

³⁵ CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 04-06.

³⁶ CENDON; ZIVIZ, *Ibidem*, p. 4.

Sob esta óptica, a proteção aquiliana do indivíduo estaria assegurada, essencialmente, pela proteção contra o dano verificado no âmbito patrimonial, nas hipóteses predeterminadas pelo legislador no artigo 2059 do Código Civil Italiano, enquanto considerava, em uma via indireta, um decréscimo do patrimônio da vítima.³⁷

Tal visão já se encontrava inapropriada em face às novas situações observadas na sociedade, sendo que já na década de 1950 havia ocorrido um tímido reconhecimento do que se rotulou como “dano à vida de relação”, a ser indenizado independentemente da indenização devida pelo dano material sofrido pelo lesado³⁸.

Nos idos dos anos 60, a doutrina italiana paulatinamente aumentou o leque das espécies de dano, classificando uma nova espécie de dano injusto à pessoa chamado genericamente de *danno ala vita di relazione*, ou seja, um dano ao relacionamento em sociedade, à capacidade, à convivência, que atinge indiretamente a capacidade laboral da vítima, acarretando, portanto, um decréscimo patrimonial a mesma.³⁹

Como se depreende, tal dano à vida de relação, também chamado de dano à vida em sociedade, não poderia ser considerado como um verdadeiro dano extrapatrimonial, dado que o objeto de análise era, ainda que indiretamente, o patrimônio da vítima, uma vez que descambava sobre a possibilidade de redução da capacidade da vítima em obter rendimentos⁴⁰.

Nesse mesmo período, grande parte dos países europeus intensificaram, no âmbito jurídico, as discussões a respeito da ampliação do conteúdo de defesa à pessoa humana, em especial em relação a determinação de quais bens e interesses poderiam ser considerados irrenunciáveis e quais poderiam ser as respostas estatais em relação aos danos contra a pessoa e não contra seu patrimônio. Ademais, o quadro de sedimentação do âmbito industrial na sociedade acabou

³⁷ CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 5

³⁸ SOARES, Fláviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

³⁹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana**, 2003. Disponível em <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/.../DANO%20EXISTENCIAL.doc> Acesso em: 20 out. 2014.

⁴⁰ ALMEIDA NETO, 2003.

repercutindo sobre o desenvolvimento dos setores da responsabilidade civil e sua escala de atuação.⁴¹

Por outro lado, tais inadequações deste sistema hermético de responsabilidade realçaram-se ainda mais quando outras questões foram levadas ao Poder Judiciário genovês a partir da década de 1970⁴². Isso porque, sob a lógica patrimonialística e fechada do ordenamento jurídico italiano, qualquer dano, fosse patrimonial ou extrapatrimonial poderia ser solucionado com determinada quantia, na ilusão de que se poderia inclusive obter uma forma de permissão para lesar uma pessoa, dada a possibilidade de reparar o dano supostamente de forma integral⁴³.

Ora, se nesta lógica bipolar, qualquer dano, patrimonial ou extrapatrimonial, incorresse em uma mera redução patrimonial da pessoa lesada, bastar-se-ia pensar na devolução do patrimônio perdido para o retorno ao *status quo*, o que não se poderia cogitar nas situações levadas à Corte Italiana, vinculadas a danos irreversíveis, tais como as referentes aos danos biológicos, da vida de relação, ou 1

Assim, os Tribunais italianos passaram a discutir a dimensão pessoal do sujeito lesado, bem como a promoção da valorização da pessoa em seus direitos fundamentais, progressivamente remodelando o problema do sistema ressarcitório, sendo o dano extrapatrimonial como o catalizador dessa mudança paradigmática do direito privado, aproximando-o dos direitos humanos cristalizados na sua respectiva Constituição.

Não haveria de ser diferente, levando-se em consideração o fato de que cada vez mais os pedidos vinham acompanhados dos fatos minudenciados e provados, nunca antes vistos. A riqueza de detalhes e o estado de depauperamento das vítimas podia ser cada dia mais diversificado, bem como o desencadeamento dos nexos de causalidades.

No âmbito do sistema de danos, a noção italiana era restritiva e excludente, interpretando o dano extrapatrimonial de acordo com seu significado literal, como qualquer dano diferente do dano patrimonial⁴⁴, o que entraria em contradição com a

⁴¹ Nesse sentido, SOARES, 2009, p. 27.

⁴² ZIVIZ, 2011, p. 12.

⁴³ ROSSI, Stefano. *La Corte Costituzionale, La Cassazione e il danno esistenziale: Dal 2003 al 2013*. In: RUSSO, Paolo. **La responsabilità civile: Il danno esistenziale**. San Mauro: Torinese, 2014, p. 55.

⁴⁴ ZIVIZ, 2011, p. 23.

própria lógica do sistema ressarcitório, o qual operava com a lógica matemática e patrimonializada de ressarcimento integral.

O problema inicial portanto, centrava seu ponto de partida no direito dos danos, a partir do momento em que os próprios danos extrapatrimonial, durante um longo tempo, confundiu-se com o conceito de dano moral.⁴⁵

As mudanças de paradigmas e dogmáticas na Itália foram permeadas de discussões em todos os seus sistemas jurídicos internos, mirando mais o caráter humanista, que passou mais a ser aplicado após a Segunda Guerra Mundial, ao contrário do que havia ocorrido na Alemanha.

Autores como Francesco Carnelutti, que desenvolviam a teoria geral do direito desde a década de 1940, passaram a carregar o discurso dos interesses dentro do direito processual, como forma de satisfação das necessidades humanas desde a década de 1960⁴⁶, ideia essa abraçada pela doutrina e jurisprudência quando adotaram o posicionamento do dano à vida de relação, ou seja, o impedimento injusto de entabular ou manter relações jurídicas com os bens necessários em relação à vida do indivíduo.

Outro jurista de extrema importância não apenas na Itália mas para o direito ocidental, Mauro Cappelletti que, conjuntamente com Bryant Garth, na década de 1970 desenvolveu trabalho de grande valia, cuja obra de maior realce internacional foi relacionada ao acesso à justiça, defendendo a ideia da acessibilidade da informação e de resultados individuais e socialmente justos⁴⁷, o que acaba por necessitar da análise valorativa social.

Como demonstrado, a teoria tradicional já não solucionava os problemas trazidos à lume pelo empirismo verificado na jurisprudência, bem como às necessidades de mudanças paradigmáticas trazidas à baila pela doutrina, o que evidenciava uma necessidade de transmutações entre a teoria e a prática.

Visível, portanto, era a necessidade de mudanças de perspectivas. A própria tendência mundial inclinou-se sobre o debate da ascensão de novas formas de danos reparáveis, especificadamente os danos sobre a pessoa na pós-modernidade, consentâneo com a tutela dos direitos humanos fundamentais.

⁴⁵ ZIVIZ, *Ibidem*, p, 22.

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Leme: Edijur, 2016, p. 26.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Julio Fabris, 1988.

Corroborando com esse viés de pensamento, Pietro Perlingieri⁴⁸, desde meados da década de 1970, observava que o próprio Código Civil Italiano de 1942, já havia perdido a centralidade de outrora, o que de forma alguma implica em perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo-se respeitar valores e princípios fundamentais da República para que se possa aperfeiçoar a justiça.

Assim, tais problemas, uma vez individualizados, deveriam possuir uma resposta, procurando-se no sistema como um todo, de forma coordenada com o ordenamento, ocasião provocada pela necessidade da descodificação italiana⁴⁹. A jurisprudência passou, assim, a reinterpretar o sistema de responsabilidade civil à luz da sua Constituição.

Ademais, Perlingieri ainda salientou o embaraço da situação de colocar no mesmo plano interesses patrimoniais e os ligados à pessoa, com prejuízos às situações existenciais, devendo-se proceder com a aplicação de valores e o alargamento das hipóteses de responsabilidade civil⁵⁰.

Posteriormente, autores europeus de grande quilate exerceram forte influência em solo italiano no tocante à teoria dos direitos fundamentais, tais como Robert Alexy, que muito aguerridamente defendeu a universalidade dos direitos fundamentais, cuja defesa central era a do ser humano como um todo, bem como a moralidade e atipicidade desses mesmos direitos, e a primazia, em aplicação abstrata, em relação a outros direitos.⁵¹

No final da década de 1970 e início da década de 1980, Norberto Bobbio, em sua obra *Dalla Struttura Ala Funzione*, já propugnava o deslocamento da estrutura para a função no epicentro da análise do direito, realçando a necessidade de estreitamento das relações da ciência jurídica com a sociologia, destacando para o papel do magistrado como criador de um sistema ético, aproximado com a realidade, tal qual um pesquisador do direito, flexibilizando sistemas fechados, tal qual o é o sistema italiano⁵².

Em meio deste debate doutrinário, em 1986, a Corte Constitucional Italiana reconheceu pela primeira vez a tripartição dos danos em patrimoniais, morais e

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 06.

⁴⁹ PERLINGIERI, 2007, p. 06.

⁵⁰ PERLINGIERI, Op. Cit., p. 32-33.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Destaque-se que a primeira edição de referida obra foi no ano de 1985.

⁵² BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura ala Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto**. Edizioni di Comunità: Bologna, 1984, p. 43 e 44.

biológicos, em ocasião de acidente de trânsito que resultasse em lesão incapacitante para a vítima, interpretando o fato a partir da Constituição de 1948, protegendo o direito fundamental à saúde do sujeito, tendo nítida influências das cortes supranacionais de defesa dos direitos humanos⁵³.

Embora tenha ocorrido referido reconhecimento, o cenário da responsabilidade italiana continuava caótico, uma vez que esse reconhecimento tenha se dado de forma rasa e sem lastro teórico ou a preocupação com a individualização de conceitos e categorias autônomas de danos e suas consequências.

Não obstante, dentro de todo este contexto que foi tido como uma verdadeira crise do direito italiano, especificamente do seu sistema de responsabilidade civil, é devida à Escola formada pela Universidade de Trieste, na década de 1990, a origem da delimitação do problema e cunhagem e agrupamento da nomenclatura “dano existencial”, por Paolo Cendon, secundado por Patrícia Ziviz, ambos da escola Triestina, que, analisando a jurisprudência sobre danos biológicos e os danos à vida de relação, identificaram casos que, pela técnica, não poderiam ser decididos sob tal rótulo.⁵⁴

Desde então, a jurisprudência italiana abraçou tal nomenclatura, abandonando a classificação tripartida sobre danos patrimoniais, morais e biológicos, adotando agora uma classificação quádrupla, subdividindo-se os danos extrapatrimoniais abrangendo as espécies de danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais.⁵⁵

Poder-se-ia aduzir que a crise do sistema de responsabilidade na Itália foi solucionada por meio da constitucionalização do direito privado, ampliando a interpretação do sistema de responsabilidade civil, a partir do momento em que o sistema fechado passou a ser flexibilizado.

Em meio ao dilema apresentado, pode-se deduzir que a fonte do chamado “dano existencial” foi o campo empírico da jurisprudência, a qual, aplicando a lógica constitucional e os valores dos direitos fundamentais, transformou a interpretação da

⁵³ ITALIA. **Sentenza 184**. Roma: Corte Costituzionale, 1986. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0184s-86.html>> Acesso em 30 set. 2016.

⁵⁴ Conforme salientado por Eugênio Fachinni Neto, em prefácio do livro SOARES, 2009, p. 11.

⁵⁵ Eugênio Fachinni Neto, em prefácio do livro SOARES, Ibidem, p. 11.

norma, outrora tipificada, em cláusula geral, conferindo aos magistrados poder para adequar o sistema ressarcitório à dinâmica do caso concreto.

Nunca o elemento humano esteve tão presente na norma. Anteriormente, o direito era extremamente influenciado pela moral imposta pela religião e seus interesses. Posteriormente, foi totalmente desatrelado de conteúdo moral, podendo inclusive servir regimes totalitários e ao poder privado pungente e destruidor do capitalismo. Hoje se pode pensar em aplicar o interesse humano e a realização de seu bem estar, de seu real estado de felicidade e autonomia para perquirir e traçar seu próprio projeto de vida, dentro da realização dos direitos de sua personalidade, conteúdo garantido pelos direitos fundamentais.

1.1.1 O dano não patrimonial como catalizador da mudança de pensamento italiano: A evolução do conceito de dano e do sistema de responsabilidade

Nas palavras de Amaro Almeida Neto⁵⁶, houve uma verdadeira evolução do próprio conceito de dano na Itália, classicamente embasado na dicotomia dano patrimonial e dano moral, tido como algo genérico.

Dessa evolução é que, conforme se poderá observar adiante, provocou um novo olhar na lógica da responsabilidade, classicamente visualizada sob o enfoque patrimonial de pretensão da reparação integral com exatidão como se sempre se fosse possível o retorno ao *status quo ante*.

A questão exurgida sobre a necessidade de repensar o dano iniciou-se precisamente sobre uma reanálise do sistema de proteção contra lesões e prejuízos efetivos sobre a esfera não patrimonial do ser humano, a qual jamais poderá ser reparada na sua integralidade. A própria doutrina italiana, ressalta que, no meio da crise do sistema de responsabilidade italiano, que clamava por mudanças de teorias e instrumentos de defesa consentâneos com os direitos humanos exigidos na pós-modernidade, o dano extrapatrimonial era o catalizador de todo um giro paradigmático e metodológico no sistema de responsabilidade.

Patentemente havia uma lacuna na lei que necessitava de mudanças, em especial no tocante a proteção ao ser humano, como no caso da tutela de danos

⁵⁶ AMARO ALMEIDA NETO, 2003 p. 16-17. Disponível em <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/.../DANO%20EXISTENCIAL.doc> Acesso em 20 ago. 2015.

que impedissem ou limitassem as atividades cotidianas. Assim, a partir da década de 1960, a Itália, ancorada em sua doutrina, aumentou as possibilidades de dano, aumentando as orientações do intérprete⁵⁷.

A ressarcibilidade do dano extrapatrimonial, assim, era extremamente limitada, identificada como consequência negativa do ilícito não suscetível à valoração econômica do sujeito, demonstrando assim a carência do modelo tradicional de responsabilidade italiano.⁵⁸

O novo sistema clamava por um fundamento ético, portanto, fundado em uma virtude e filosofia solidarística e protetora do ser humano em seu aspecto integral. A proteção da pessoa humana demonstrava-se insuficiente dentro do sistema fechado de responsabilidade, embasado no sistema de tipificação.

Classicamente, o positivismo formalista foi insuficiente para a resolução dos problemas humanos, cada dia mais complexos e inseridos em novos contextos, novas tecnologias, novas necessidades humanas, novos riscos envolvidos. Por essa lógica, o sistema fechado, embasado na responsabilidade civil italiana da mesma forma demonstrou-se insuficiente para a solução dos problemas os quais pretendia solucionar.

De acordo com Paolo Cendon e Patrícia Ziviz, a solução foi utilizar um modelo alternativo ao tradicional. Havia dois motivos para a urgência da utilização de tal modelo: a indispensável orientação para os Tribunais, bem como evitar um risco eventual de conflitos normativos face ao percurso evolutivo evidenciado, o qual necessitava de uma resposta definitiva dentro da dinâmica social⁵⁹.

Tratava-se, portanto, de constatar uma evolução mais generalizada, a mudança da visão sobre o indivíduo, francamente de caráter sociológico, conforme prevista na Constituição da República Italiana em seus princípios fundamentais, cujo objetivo prioritário é a proteção da pessoa humana em seu artigo terceiro, conferindo ao indivíduo uma tutela sobre direitos invioláveis, os quais não deveriam infringir qualquer legislação infraconstitucional⁶⁰, tampouco os sujeitos de direito privado.

Desta forma, a interpretação dar-se-ia com a ideia do “bem estar” como qualidade de vida, por intermédio da proteção dos interesses fundamentais da pessoa, o que deve ser o ponto de partida de toda produção normativa. Tal situação

⁵⁷ ALMEIDA NETO, 2003, p. 17.

⁵⁸ ZIVIZ, 2011, p. 38-39.

⁵⁹ CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 07-08.

⁶⁰ CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 08.

de bem estar deveria, no entanto, abandonar a lógica patrimonialista, devendo-se iniciar uma nova interpretação.

A partir do reconhecimento de uma nova categoria de dano, alicerçada sobre os interesses existenciais de foro interno das pessoas e suas realizações pessoais, antes desconhecida ou desprezada, o olhar sobre o sistema ressarcitório necessariamente havia de ser mudado, clamando-se por um novo paradigma⁶¹.

Não havia de se falar em mudanças se o olhar sobre o que se conceituaria como dano ainda fosse de aspecto puramente patrimonial dentro do clássico sistema fechado.

O que ocorreu então foi o que a doutrina italiana especializada denominou de “somatização da tutela da pessoa”, primeiramente tutelando a saúde, seguido da tutela de proteção contra os riscos a que se expõem determinadas pessoas à perigo⁶². Foi a chamada “revolução do dano biológico”, ocorrida em meados da década de 1970 para tutelar lesões à saúde de uma pessoa, não obstante ainda se pensasse na perda da capacidade de formar patrimônio ou na decorrência dos seus gastos⁶³, ou seja, sob o pálio da lógica patrimonial.

A partir de então, a visão sobre o dano extrapatrimonial passou a influenciar um novo paradigma ressarcitório na Itália, difundindo-se uma nova visão, bem como uma variação do modelo interpretativo jurisprudencial⁶⁴.

Exemplo trazido por Patrícia Ziviz foi a decisão emblemática da Corte de Apelação Italiana que considerou dano ao bem estar de um indivíduo exposto continuamente a um grande barulho em um estabelecimento industrial. Embora não houvesse um dano materialmente tangível, a Corte entendeu haver lesão ao bem estar físico, emocional e mesmo psíquico ocorrido na insalubridade de seu ambiente de trabalho, capaz de lhe causar irritação ou lesão⁶⁵.

O próprio dano, portanto, estava sendo despatrimonializado, desmaterializado saindo do âmbito do tangível. Foi posto portanto como latente e potencial quando da perturbação do bem estar físico, emocional e psíquico do ser humano em seu modo de viver.

⁶¹ CENDON; ZIVIZ, *Ibidem*, p. 09.

⁶² CENDON; ZIVIZ, *Op. Cit.*, p. 13.

⁶³ ZIVIZ, 2011, p. 42-43.

⁶⁴ ZIVIZ, *Ibidem*, 2011, p. 46-47.

⁶⁵ ZIVIZ, 2011, p. 56-57.

Por outro lado, alerta a autora se que deve identificar no caso concreto, e não de forma abstrata, a distinção entre uma perturbação emocional e uma efetiva lesão psíquica de modo a evitar uma “supersomatização do homem”⁶⁶. De um modo geral, os Tribunais italianos entenderam que a alteração mental provocada poderia ser um verdadeiro dano à saúde, justificando-se um ressarcimento não apenas por danos morais, que seria o mal-estar causado no momento vivenciado, mas que não seria capaz de causar um dano à saúde em si⁶⁷.

Na década de 1970, os Tribunais italianos passaram a admitir, dentro desse sistema, o chamado “*danno biológico*” como referência a um dano que causasse lesão à saúde da vítima, que não apenas a incapacitavam para o trabalho, no viés patrimonial, ainda que não se estivesse diante de um crime para a configuração do dano não patrimonial em sentido estrito.⁶⁸

Portanto, nesse contexto, os Tribunais italianos decidiram que uma lesão à saúde de um indivíduo causava-lhe um dano biológico, devendo ser indenizado juntamente com o material e o moral.

Por outro lado, o postulado dos danos extrapatrimoniais dirigidos à pessoa ainda possuíam caráter essencialmente patrimonial em sua lógica e seus desdobramentos, analisando-se o que a pessoa deixou de auferir economicamente a partir do dano experimentado. O conceito, assim, demonstrava-se insuficiente.

Logo a figura do dano biológico passou a ser analisada sob uma óptica mais ampla, a do “*danno ala salute*”, expressão que transcende o caráter médico-legal, nas palavras de Anderson Schreiber⁶⁹, aproximando-se do conteúdo de proteção constitucional do ser humano. A fundamentação básica para essa nova visão foi o artigo 32 da Constituição da República Italiana, que prevê que a República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade⁷⁰, conferindo o caráter antijurídico a qualquer dano à saúde de uma pessoa.

⁶⁶ CENDON; ZIVIZ, 2003, p.16.

⁶⁷ ZIVIZ, Op. Cit., p. 58.

⁶⁸ SCHREIBER, 2013, p. 113.

⁶⁹ SCHREIBER, Ibidem 2013, p. 113-114.

⁷⁰ Art. 32 *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.* ITALIA. **Costituzione della Repubblica italiana.** Senato della Repubblica. 2012. Disponível em <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>> Acesso em: 15 set. 2015.

O sistema italiano, assim, passou a ser chamado de “sistema tripolar”, que, à margem do caráter patrimonial, extrapatrimonial ou de *tertium genus*, configurava um dano injusto por violar frontalmente a Constituição Italiana.

Passou-se, portanto, a uma leitura civil-constitucional elaborada inicialmente para a tutela da saúde, a qual logo se estendeu para outros interesses inerentes à pessoa humana, que passaram a requerer de mesma forma, reparação constitucional.

A partir desta leitura mais aproximada com os direitos fundamentais da pessoa, passou-se a uma verdadeira ampliação do conceito de dano a vida de relação, com o debate acerca da possibilidade da configuração do dano independentemente da repercussão econômica para a vítima.

Em 6 de abril de 1983, em sentença de número 2396, a Corte de Cassação, de modo bastante genérico, pela primeira vez apresentou o dano biológico como incidência do “valor humano” em sua dimensão concreta, que não se exaure como mera produção de riqueza, mas sim de uma função natural referente ao sujeito em seu ambiente, cuja relevância não é apenas econômica, como biológica, social, cultural e estética.⁷¹

Não obstante, não se tratava de mais uma categoria de dano à pessoa como categoria autônoma, apenas foi reconhecido em um breve esboço a proteção à essência da pessoa, mas que, ao final, não passava de um dano que refletia o lucro cessante do indivíduo, quando da aferição de sua redução de capacidade de buscar proventos e formas de sustento. De toda sorte, foi um grande avanço tal reconhecimento, o qual provocou a releitura constitucional e a valoração do ser humano.

Por outro lado, uma das mais visíveis evoluções em relação ao desenvolvimento da concepção dos danos extrapatrimoniais na Itália pode ser observada a partir da prolatação da sentença 184, de 14 de julho de 1986 pela Corte Constitucional Italiana, iniciada pela ação de reparação de dano movida por Repetto Giuseppe em face do Transporte Municipal de Gênova em virtude de um acidente de carro por ele sofrido em outubro de 1979, que levantou a questão da

⁷¹ BAGGIO, Simone. *Danno esistenziale e danno biológico*. In: RUSSO, Paolo. **La responsabilità civile: Il dano esistenziale**. San Mauro Torinese, 2014, p. 156.

constitucionalidade do artigo 2059 do Código Civil Italiano em face ao artigo 32 da Constituição da República.⁷²

A própria decisão traça uma distinção entre o dano biológico e o dano moral subjetivo, realçando a necessidade de se classificar a estrutura do fato de realização da bio-lesão psíquica do ofendido, sendo pré-requisito a distinção o evento danoso ou perigoso a que pertence o dano biológico, do próprio dano em si, que poderia gerar um dano moral. Atenta pois, que se deve distinguir o fato constitutivo da responsabilidade, do próprio fato prejudicial, que por sua vez também deverá ser distinguido das consequências, ligados por uma segunda causalidade.

Não se mensuraria o dano, assim, referindo-se apenas à esfera produtiva da pessoa, como também à espiritual, cultural, afetiva, social, esportiva e todas as demais onde o sujeito desenvolve sua personalidade.

Como se pode perceber, a Corte Constitucional italiana demonstrou a aplicação exaustiva e argumentativa da questão das novas modalidades de dano, em uma reflexão de aspecto constitucional, debruçando-se ao caso de modo a analisar o instituto e solucionar um ponto controverso que clamava por uma visão mais atualizada, enquadrada às necessidades do contexto ao qual inserido.

Essa sentença simboliza um verdadeiro marco, a partir do momento em que distingue o dano moral do dano biológico, tendo como ponto de partida a reflexão da distinção de seus elementos, ainda que de maneira primitiva. Moral e saúde foram tratados como termos distintos, com o devido tratamento diferenciado.

Reconheceu-se, assim, a possibilidade do ressarcimento do dano à saúde independentemente da prova da existência de um prejuízo efetivo patrimonial à vítima, dado que sua saúde estava comprovadamente atingida, e, portanto, a partir do dano ilícito, poderia ser indenizado. Eis então que se consagrou a possibilidade de um dano extrapatrimonial – sem repercussão econômica direta sem a necessidade de estar atrelado a um crime, tal qual era exigido anteriormente para o dano moral na Itália.

Além da afirmação de que o dano biológico não seria propriamente um dano moral, ainda que seja, como este, um dano extrapatrimonial, a decisão demonstrou cabalmente que não apenas uma lesão originada de um ilícito civil poderá ser

⁷² DIRITTO CIVILE-IT. **Corte Cost. n. 184/1986 su danno biologico.** Corte costituzionale del 14 luglio 1986 n. 184. Disponível em <<http://www.diritto-civile.it/utilita/Corte-Cost-n-184-1986-su-danno-biologico.html>> Acesso em: 15 set. 2015.

ressarcida, mas todos aquelas que, ao menos potencialmente, obstaculizam as atividades realizadoras da pessoa humana, devendo ser analisado como norma de caráter geral, admitindo reparação sem qualquer limitação.

A partir deste momento, abriram-se as portas para demais discussões, dentre elas a questão de outros bens extrapatrimoniais indenizáveis relacionados à proteção integral da pessoa humana.

Seria, portanto, categoria de dano à pessoa em sua essência, reparando-se independentemente das consequências patrimoniais e morais que possam derivar do dano.

Conforme analisado por Amaro Neto⁷³ em relação a revolucionária sentença 184 da Corte Constitucional Italiana,

Talvez a principal inovação trazida por essa sentença resida no fato de terem os magistrados a Corte Constitucional pronunciado que o art. 2.043 do Código Civil – que há décadas vinha sendo o sustentáculo das indenizações por dano patrimonial – não se refere unicamente a essa espécie de dano, mas inclui, no seu elastério, todos os direitos e interesses da pessoa, dentre os quais o direito à saúde, direito fundamental garantido pela Constituição da República. Assim estava aberto o caminho para a tutela absoluta da pessoa humana, a tutela da dignidade humana em toda sua plenitude, que logo seria alcançada com o reconhecimento do dano existencial [...].

Isso porque, a partir desse novo paradigma, ampliaram-se os limites criados por referida sentença da Corte Constitucional, passando a sair da análise da esfera produtiva como também a espiritual, cultural, afetiva, social, sexual, esportiva e todas as demais pelas quais o sujeito realiza e desenvolve plenamente sua personalidade.

Pode-se afirmar que tal decisão tornou-se paradigma para que se pudesse falar em uma visão transcendental dentro do julgamento, pela garantia da plenitude da dignidade da pessoa que vem clamar ao Poder Judiciário, bem como na definição da possibilidade de liquidação dos danos imateriais cumulativamente.

Com efeito, a partir desse momento, tomou-se como premissa que toda lesão a qualquer direito fundamental da pessoa, e não apenas o direito fundamental à saúde, viola a dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, ser de mesma forma objeto de reparação.

⁷³ ALMEIDA NETO, 2003, p. 22.

A ênfase, pois, no período pós-positivista e pós moderno do mundo contemporâneo, é no ponto de partida de que todo ser humano tem o direito de não ser molestado em sua existência, na asseguuração de sua dignidade, bem como na busca de seus interesses que constituam bens fundamentais tutelados, buscando realizá-los pelo pleno exercício de seus direitos da personalidade garantidos no ordenamento jurídico.

1.1.2 O binômio despatrimonialização e personalização do sistema indenizatório do sistema italiano: Ao que o Tribunal Italiano denominou de “dilatação do conceito de patrimônio”

A mudança paradigmática da doutrina jurídica imanente aos danos e a uma nova sistemática de responsabilidade no direito italiano perpassa pelo que os doutrinadores denominam de “dilatação da área patrimonial do prejuízo”⁷⁴. Tal mudança esbarra em especial sobre a questão ética e um novo olhar sobre o ser humano.

A vetusta lógica patrimonialista, de caráter limitado e materializado embasado no que se possui e não do que se é em essência apenas visualizava a esfera econômica da vítima, inserida em um sistema de produtividade onde deveria ser útil e agregar objetos dotados de utilidade.

Mas tal mudança não seria tão simples, em especial quando a sociedade jurídica sustenta a sobrevivência do modelo de ressarcimento tradicional, mais simples e exato do que a teoria relacionada ao plano existencial.

Tanto verdadeira tal afirmativa que, quando do reconhecimento do dano biológico, considerou-se o dano ao bem saúde como uma perda de utilidade do indivíduo, o que deveria ser compensado pela sua utilidade econômica equivalente ao momento anterior ao dano⁷⁵.

A mesma lógica não poderia ser sustentada acaso se observasse os efeitos negativos no ambiente familiar e social do indivíduo lesado, sequer a vida de relação do modo de estabelecer vínculos e contatos com outras pessoas⁷⁶.

⁷⁴ CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 19; ZIVIZ, 2011, p. 89.

⁷⁵ ZIVIZ, *Ibidem*, 2011, p. 90.

⁷⁶ ZIVIZ, 2011, p. 91.

Um novo conceito de patrimônio teve de ser desenhado, no sentido de ampliá-lo de modo a adentrar-se na possibilidade de tutela ante as consequências de danos incidentes à esfera pessoal da vítima⁷⁷, que teria a autonomia para projetar sua vida cotidiana bem como seus desejos mais básicos no sentido de suprir suas necessidades.

Assim, a jurisprudência italiana edificou uma nova e inédita noção de patrimonialidade, como qualquer dano na realidade concreta do indivíduo. Do contrário seria uma arbitrariedade a qual iria se coadunar com um sistema exploratório e “coisificador” do ser humano.

A noção de utilidade assim, foi substituída pela função da necessidade do objeto jurídico a ser verificado, aplicando-se valores transcendentais à figura de preços e medidas, procedendo-se com uma “desmonetarização” do dano, que então foi visto pela política do direito⁷⁸.

Da denominada crise do sistema de ressarcimento, na verdade oriunda de uma verdadeira crise do direito italiano, redesenhou-se a regra patrimonialista de origem econômico-liberal, começando paulatinamente a implicar valorização do sujeito concreto, personalizando-se o direito, que passa a tratar o sujeito não mais como polo em uma relação jurídica. O ser humano, assim, passa de um ser abstrato e impessoal para uma pessoa dotada de dignidade e concretude em seu universo existencial, em um plano acima ao dos bens meramente materiais⁷⁹ e patrimoniais.

Assim, outrora interpretado com uma lógica econômica, agora, passa a ser considerado sobre os interesses e a complexidade das consequências aferidas, atribuindo assim um componente pessoal ao dano⁸⁰.

Tal mudança repercutiu diretamente sobre o conceito de dano extrapatrimonial, como sendo o dano pelo qual atinja direito de relevância constitucional, cujo conteúdo seja diretamente ligado com os direitos fundamentais da personalidade humana, para que se possa viver com o mínimo de dignidade.

Pode-se afirmar, nesta senda, que o dano passou de uma visão patrimonialística para revestir-se do personalismo ético⁸¹, proclamando-se a ampla e

⁷⁷ ZIVIZ, *Ibidem*, p. 92.

⁷⁸ ZIVIZ, *Op. Cit.*, p. 95.

⁷⁹ MORAES, 2014, p. 24.

⁸⁰ CENDON; ZIVIZ, 2011, p. 22.

⁸¹ Conceito trabalhado por Karl Larenz, salientando que a pessoa em si mesma considerada, passa a ser o conteúdo ético fundamental do direito privado, base de toda uma relação

integral tutela à dignidade da pessoa humana, passando a tutelar uma série de eventos qualificados abstratamente como danos, mas que não encontravam proteção na clássica bipartição de danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais, tais como as consequências posteriores ao sofrimento de uma calúnia, difamação ou de um assédio moral⁸².

Tal visão fez com que o homem fosse o epicentro gravitacional do ordenamento jurídico, tutelando sua existencialidade, não se curando apenas da violação de um conteúdo meramente patrimonial, mas também de subentendidos e mais importantes direitos fundamentais da pessoa, no vértice da hierarquia de valores de uma determinada sociedade⁸³.

Assim, concebe-se o ser humano como ser livre e criativo, criado dentro do contexto do personalismo, visto não como uma teoria ou sistema, mas uma verdadeira escola filosófica, uma estrutura de um universo pessoal em nível metafísico, antropológico e ético.

Em especial, a visão ética permeou tal mudança paradigmática, lembrando que ética, nesse sentido, são normas de comportamento social do indivíduo, que combina, em sua vida social, a necessidade física e biológica com os deveres éticos, a sujeição aos fatos naturais com a autonomia de sua ação, tendo como pressuposto básico a liberdade, aplicada face a imprevisibilidade do comportamento humano⁸⁴.

As normas, uma vez permeadas de ética, são essencialmente altruístas, sendo inerentes ao interesse alheio, do outro, a respeito da solidariedade para fins da visão de bem como um todo, mesmo quando se pensa no individualismo utilitário, devendo ser incorporada pelos usos e costumes⁸⁵.

Pode-se perceber que foi superada a visão formalista calcada no positivismo e liberalismo desenfreado que formavam as bases de um sistema hermeticamente fechado da primeira metade do século XX da maior parte da Europa Continental, que, uma vez limitando a vida dos cidadãos à vontade do Estado, embasou sistemas totalitários e violador dos próprios direitos dos sujeitos.

jurídica fundamental. LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 44-45.

⁸² ALMEIDA NETO, 2003, p. 29.

⁸³ ALMEIDA NETO, 2003, p. 30.

⁸⁴ Nesse sentido, COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 494-495.

⁸⁵ COMPARATO, Ibidem, p. 496.

Passou-se então para um sistema de tessitura mais aberta que privilegiava os princípios e valores insertos na Constituição Italiana, que passou de mero instrumento de organização do Estado à garantidora de direitos civis⁸⁶.

O Código Civil, coração do direito liberal-burguês, cumpriu o papel de separar o poder público do poder privado, de modo a estabelecer uma série de proteções das intervenções estatais quando do privilégio da propriedade e das posses de um sujeito.⁸⁷

Não obstante, a visão do ter tenha sido substituída por uma visão do ser, do ente existencial, a pessoa e não o bem ou patrimônio envolvido, mas ao mesmo tempo em que inseria esse mesmo sujeito dentro da concepção brutal do capitalismo, que continuava com a lógica de transformar o sujeito como competidor implacável de seu semelhante, submetendo os não-proprietários de capital em despossuídos de si próprios, como servos do poder privado.

Houve, assim, a necessidade de adequação à tendência do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais perante sujeitos de direito privado, devendo assim adequar as bases jurídicas de proteção também contra sujeitos de direito privado, não somente o público. Dada a necessidade observada do contexto, ocorreu o fenômeno da publicização do poder privado, fazendo com que os direitos fundamentais necessariamente se aplicassem da mesma forma aos sujeitos de direito privado.

Conforme sustentado por Juan Maria Bilbao Ubillos⁸⁸, o fenômeno do poder privado é um dos argumentos basilares para uma reconsideração da doutrina tradicional liberal.

Isso porque a proteção integral do indivíduo perpassa pela necessidade de proteção não apenas contra o poder do Estado, como também de outros indivíduos, não apenas em seu aspecto de sobrevivência, mas de sobrevivência digna, sem que se possa permitir a ingerência sobre as escolhas viabilizadas pela esfera de liberdade do sujeito para realizar-se existencialmente.

⁸⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: Le Libertà Fondamentali*. Torino: Gianppichelli, 1995, p. 111.

⁸⁷ O conteúdo dos direitos individuais limitadores da atuação do Estado constante do Código Civil, posteriormente, veio a constituir o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, tais como a personalidade, dentre outros direitos.

⁸⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudência del tribunal constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 241-256.

Eis portanto o porquê de se ter havido por insuficiente o conceito puramente patrimonial tradicional da lógica econômica na Itália, da mesma forma que já ocorria na Europa continental pós Segunda Guerra, dentro da modificação de seu Direito.

1.1.3 O reconhecimento do dano existencial nos Tribunais Italianos: Análise das principais decisões acerca do dano existencial

Prefacialmente, cumpre-se destacar, no que tange à nomenclatura, sobre a estrutura do judiciário italiano, para que se possa ter uma leitura mais fluida em relação a esta parte do trabalho.

Assim, entende-se por *Tribunale* o juízo de primeira instância, sendo órgão monocrático ou colegiado que exerça a jurisdição; *Corte d'Appello* ou Corte de Apelação é o órgão colegiado competente para julgar sentenças e decisões dos *Tribunali*; e *Corte di Cassazione* constitui a última instância do sistema jurisdicional ordinário, subdividida em seções que podem ser reunidas na denominada *Sezione Unite*⁸⁹. Há ainda o órgão de cúpula, para efeito da guarda à Constituição, a chamada *Corte Costituzionale*.

As decisões selecionadas e colacionadas abaixo, denominadas como “jurisprudência existencialista por Mauro Sella⁹⁰, juntamente com muitas outras decisões são mencionadas exhaustivamente na doutrina e jurisprudência italiana como catálogo de estudo dos danos existenciais e constam de sites de renome em solo italiano⁹¹.

A seleção das decisões escolhidas, destacadas e comentadas segue o critério cronológico e acerca das modificações do entendimento sobre o dano existencial a fim de acompanhar o entendimento sedimentado nas Cortes para que se possa realizar uma posterior teorização sobre o tema.

⁸⁹ SOARES, 2009, p. 82, referindo-se ao artigo 65 do ordenamento judiciário italiano. Também disponível em site europeu ITALIA. **Sistemas Judiciais nos Estados-Membros**. União Europeia: European Justice, 2016. Disponível em <https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-it-pt.do?member=1> Acesso em 05 jan.2017

⁹⁰ SELLA, Mauro. *Le Sentenze di San Martino e gli Orientamenti Successivi*. In: RUSSO, Paolo. **La responsabilità civile: Il dano esistenziale**. San Mauro Torinese, 2014, p. 125.

⁹¹ Como por exemplo, CENDON, Paolo. **Biblioteca. Giuseppe Cassano - "LA GIURISPRUDENZA DEL DANNO ESISTENZIALE"**. *Persona e danno*: Trieste, 2007. Disponível em <https://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=24320&catid=237&Itemid=490&contentid=0&mese=05&anno=2007> Acesso em 20 dez 2016.

Ademais, também foram selecionadas em razão da disciplina, demonstrando o reconhecimento do dano existencial não apenas no âmbito cível, como também penal, agrário, trabalhista e pela corte suprema, em aspecto constitucional, como se pode perceber a seguir.

1.1.3.1 Sentença 184 da Corte Constitucional Italiana, de quatorze de julho de 1986

Tal decisão, já mencionada alhures, analisou a constitucionalidade do artigo 2029 do Código Civil Italiano, o qual, em sua análise literal, somente poderá gerar indenização se o ato decorrer de uma conduta ilícita.

Ora, há muito já se discutia, no âmbito ambiental, sobre a possibilidade de reparação por dano causado por ato lícito, como a questão da aplicação do princípio do poluidor pagador, aplicado através da privatização dos lucros e da socialização das perdas de quem, embora exercendo lícitamente atividade exploratória de recursos naturais, cause danos ao meio ambiente, sendo obrigado a repará-los⁹².

Referida decisão foi fruto de recurso interposto no Tribunal de Gênova, por conta de ação de indenização engendrada pela vítima de acidente de trânsito, Repetto Giuseppe, contra a empresa Transportes Municipal de Gênova.

Não tendo logrado êxito em primeira instância, passou-se a questionar a constitucionalidade de referido dispositivo legal, em relação aos artigos 3º e 32 da Constituição da República da Itália, que asseguram a igualdade e a tutela robusta do direito à saúde.

Os julgadores, debruçando-se até mesmo sobre a exposição de motivos do legislador de 1942, acabaram por apontar uma solução intermediária, sustentando que o artigo 2059 do Código Civil Italiano não seria inconstitucional, mas sim que deveria ser mudada sua forma de interpretação, a qual deveria ser coadunada com outras normas relacionadas a danos extrapatrimoniais, além de compreender o que entenderam como dano moral puro, entendido como uma dor infligida à vítima⁹³.

⁹² THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 72-74.

⁹³ ITALIA, **Sentenza 184**, 1986; SOARES, 2009, p. 78.

Isso porque declarou a Corte Constitucional que o legislador de 1942 não teria a intenção, ou *mens legislatoris* de excluir outros danos extrapatrimoniais, de forma a garantir a tutela dos direitos dos indivíduos⁹⁴.

Afirmou, assim, que a saúde seria um *tertium genus* indenizável, desde que se fizesse uma análise bio-psíquica no sujeito ofendido, comprovando-se o nexo de causalidade entre a causa e o evento, elemento essencial para a configuração de uma indenização: A relação de causa e efeito.

Sob essa óptica, a indenização do dano biológico causado seria prioritária, uma vez verificada a injustiça do dano biológico e seu objeto diferenciado da dor humana, e que, em termos concretos, da mesma forma não se confunde com o total de prejuízos econômicos causados à vítima.

Nesta decisão, o tribunal entendeu ser a saúde do indivíduo um bem privado⁹⁵ e, muito embora não mencione o dano existencial com tal nomenclatura ou riqueza de fundamentação, ampliou a tutela de danos inculpada nos artigos presentes no Código Civil aos danos decorrentes de lesão à integridade psicofísica, desvinculando a indenização do dano extrapatrimonial unicamente ao dano puramente moral⁹⁶.

1.1.3.2 Sentença 6607 da Corte de Cassação, de onze de novembro de 1986

Em onze de novembro de 1986, a Corte Suprema de Cassação analisou o pedido de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais do casal Marcela e Silvano Santandrea em face ao Hospital Civil de São João Batista de Zagarolo e do médico Tito Santarelli⁹⁷.

⁹⁴ Levando-se em consideração que a Constituição da República da Itália, datada de 1947, não possui, tal qual a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, parte específica direcionada aos direitos fundamentais do ser humano, ainda fundamentada em uma democracia pós segunda guerra mundial focada para o trabalho, conforme se deduz do artigo 1º desse diploma magno. Ademais, direciona, a partir de seu artigo 13, direitos e deveres aos cidadãos italianos, e não aos seres humanos como um todo, o que posteriormente teve de ser ajustado pela Corte Constitucional para adequar determinadas normas em seus tratados internacionais. ITALIA, **Constituizione dela Repubblica italiana**.

⁹⁵ ITALIA, **Sentenza 184**, 1986.

⁹⁶ SOARES, Op. Cit., p. 78.

⁹⁷ ITALIA. **Sentenza 6607**. Roma, 1886. Disponível em <<https://personaedanno.it/generalita-varie/cass-sez-iii-11-novembre-1986-n-6607-pres-scribano-est-mattiello-l-inaugurazione-in-sede-di-legittimita-della-responsabilita-eso-familiare>> Acesso em 30 out. 2016.

Em tal ocasião, Marcela, esposa de Silvano, foi submetida a um exame de cistoscopia, exame das vias urinárias baixas humanas por meio de um cateter inserido pela uretra até atingir a bexiga⁹⁸.

Não obstante, o procedimento foi realizado de forma equivocada pelo médico responsável, que acabou por introduzir Desogen, um líquido cáustico e tóxico no corpo da paciente de forma acidental, gerando necrose completa da mucosa de sua bexiga, substituída por uma bexiga artificial, constituída de uma parte de seu cólon.

A partir de então, a vítima começou a sofrer de infecções recorrentes do trato urinário, culminando em quadro de insuficiência renal. Ademais, houve o comprometimento da vida sexual do casal que não mais pôde manter relações sob tais condições.

A Corte entendeu pela culpa do médico responsável pela limpeza inadequada do instrumento utilizado para a realização do exame, sendo declarada assim sua responsabilidade em solidariedade com o Hospital onde ocorreu o evento.

Muito embora o Tribunal de Roma e a Corte de Apelação tivessem condenado ambos os réus ao pagamento das indenizações por danos materiais, ainda divergia-se sobre a indenização por dano à vida de relação, especialmente do marido da vítima, uma vez que ele não havia participado do evento danoso.

O pronunciamento da Corte de Cassação, portanto, foi mais além. Declarou que o marido da paciente lesada também deveria ser indenizado por danos à vida de relação no que se referia a sua vida matrimonial, mais especificamente no que concerne às suas relações sexuais, tendo sido atingido pela conduta do médico que atendeu sua esposa.

A decisão se fundamentou no artigo 29 da Constituição da República Italiana, afirmando que a família é reconhecida como uma sociedade natural fundada no matrimônio, e como vida de relação, apoia-se em uma gama de direitos e deveres recíprocos, entendendo as relações sexuais não apenas como forma de manutenção do vínculo familiar, como também elemento relevante para o

⁹⁸ ABCMED, 2013. **Cistoscopia: o que é e como se realiza? Qual é o preparo para o exame? Para que serve? Existem riscos?**. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/exames-e-procedimentos/357809/cistoscopia-o-que-e-e-como-se-realiza-qual-e-o-preparo-para-o-exame-para-que-serve-existem-riscos.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

desenvolvimento da personalidade individual. Assim, seria um interesse que deveria ser respeitado não apenas pelos cônjuges entre si, como também por terceiros⁹⁹.

Assim, se essa reciprocidade for rompida por terceiros, como o foi no caso do médico responsável, suprimiu-se a expectativa do cônjuge diretamente lesado de manter relações com a sua esposa, embora este não tenha vivenciado o dano de sua esposa, experimentando sua dor, seu sofrimento e sentimento de frustração, não cabendo assim o dano moral puro como conhecido pela doutrina tradicional.

A Corte de Cassação, assim, destacou que o direito à saúde é absoluto e prioritário, fazendo parte do conteúdo do valor da pessoa humana em sua dimensão concreta, valor esse que não se limita e mera produção de riquezas, ou seja, na projeção econômica do dano, mas da soma de funções naturais do sujeito, necessárias ao seu completo e complexo desenvolvimento, tendo caráter biológico, estético, cultural e social, dentre outros.¹⁰⁰

Concluiu que o dano injusto deve ser indenizado, reiterando a necessidade de indenização por dano biológico, uma vez afetado o equilíbrio psicofísico do cônjuge da vítima, atingido pela conduta do ofensor.

Configurado o nexo de causalidade, dano injusto e a culpa do ofensor, aquela Corte considerou configurada a responsabilidade e necessidade de indenização também ao marido da vítima.

Importante destacar que o mérito e avanço desta decisão foi a configuração da autonomia do dano biológico em relação ao dano moral e principalmente, a possibilidade de indenização pela quebra do vínculo de relações e sua afetação com o estado de equilíbrio biopsíquico do sujeito lesado, ainda que não tenha sofrido o dano patrimonial ou moral direto em sua forma pura.

Tal decisão, ainda que não tenha destacado desta forma, em argumentação jurídica, configurou o dano a uma relação estabelecida pelo sujeito com suas necessidades, o que no próximo capítulo será demonstrado ser a fundamentação essencial do dano existencial.

⁹⁹ SOARES, 2009, p. 79. No mesmo sentido, a lição de Carnelutti, quando aduz que o jurista deve considerar também, e até em primeiro lugar, o amor sexual, que constitui a base da instituição familiar, distinguindo-se o espírito da matéria, como um complexo de interesses que constitui uma relação de suprimento de necessidades. CARNELUTTI, 2006, p. 84-87.

¹⁰⁰ SOARES, *Ibidem*, p. 80.

1.1.3.3 Sentença 500/1999 da Corte de Cassação Italiana

Dentro desse contexto evolutivo em solo italiano, a sentença da Corte de Cassação Italiana de número 500/99, pela primeira vez admitiu uma nova espécie de dano extrapatrimonial indenizável, uma categoria autônoma relacionada à lesões aos direitos da personalidade, configurando um dano à existência da pessoa, indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana em sua plenitude e particularidades.¹⁰¹

Valorizou-se assim o indivíduo, que foi colocado como sujeito voltado para o seu projeto de vida e realizações pessoais, inserido no contexto social global, não se exaurindo em seu aspecto meramente econômico.

O marco inicial, portanto, pode ser atribuído a mencionada decisão, datada de 9 de julho do ano de 1999, que versou sobre ação indenizatória ajuizada no ano de 1996 no Tribunal de Florença, em virtude de falha na inclusão de um objeto de Convenção (acordo de desenvolvimento com o governo local) no Plano Geral pelo Conselho Municipal¹⁰².

Com esta decisão, o tribunal, de forma inédita, tutelou os interesses jurídicos do sujeito de direito. Denominou-os de “interesses legítimos”, autorizados de serem reivindicados por intermédio do direito, qualificando o dano a tais interesses como injustos e passíveis de tutela.

Destacou a situação da perda de oportunidades de alcançar resultado útil, bem como o distúrbio causado no seio familiar da parte, ressaltando expressamente a necessidade de visualização do artigo 2043 do Código Civil Italiano como cláusula geral primária da leitura do que seriam os “danos indevidos”, sendo eles lícitos ou mesmo ilícitos, bastando a configuração como dano injusto.

O objeto do dano, de acordo com referida decisão, seriam os legítimos interesses do indivíduo, entendidos pelo direito italiano como “uma posição de vantagem reservada a um sujeito em relação a uma boa vida”¹⁰³.

Verificada a lesão à tais interesses, nasceria assim o chamado conflito qualificado, ou lide, onde caberia a possibilidade de requerer ao Estado uma ordem

¹⁰¹ Decisão mencionada por ALMEIDA NETO, Amaro Alves de, 2003.

¹⁰² ASSOCIAZIONE MAGISTRATI DELLA CORTE DEL CONTI. **Sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite, n. 500, depositata il 22 luglio 1999.** Disponível em <<http://www.amcorteconti.it/root/99.htm>> Acesso em: 7 set. 2015.

¹⁰³ ASSOCIAZIONE MAGISTRATI DELLA CORTE DEL CONTI, 1999.

judicial concedendo proteção integral, tanto ressarcitória como compensatória, a interesses legítimos de oposição da lide social, no que tange aos interesses legítimos de pretensão, relacionados à lide processual.

Assim, de acordo com esta decisão, a reparação do reconhecido como dano existencial exigiria, unicamente a presença de dois elementos: a injustiça do dano, bem como a lesão a uma posição constitucionalmente garantida, como seria no caso dos direitos da personalidade.

Ainda que de maneira rudimentar, mencionada decisão indicou que o dano existencial é um dano oriundo de lesão à interesses legítimos de oposição, verificados como uma restrição a uma posição de vantagem que um indivíduo ou ente poderia possuir não fosse o fato da conduta injusta do agente lesante retirar-lhe tal vantagem.

Seria, portanto, uma restrição da autonomia conferida pelo direito ao sujeito de buscar suas necessidades, retirada de forma abrupta e injusta por terceiro.

Esta decisão embasou outras sentenças nas Cortes Italianas bem como na própria Corte Constitucional a partir deste recorte acerca dos interesses dos sujeitos de direito.

1.1.3.4 Decisão número 9417 de 21 de outubro de 1999, proferida pelo Tribunal de Milão

Talvez uma das decisões de maior destaque no que tange o estudo dos danos existenciais, tal decisão foi uma das pioneiras a utilizar a terminologia “dano existencial”, bem como a esboçar o isolamento do objeto deste tipo de dano à pessoa e principalmente, por apresentar, ainda que superficialmente, os requisitos para que se possa aferir o dano existencial.

Tal decisão versava sobre ação de indenização engendrada pelos autores Flaminio Menni e Carmen Paladini, os quais pleiteavam indenização por danos decorrentes de ruídos provocados pelo vizinho, na utilização de um torno e um esmeril, cujo barulho se encontrava acima do tolerável¹⁰⁴.

¹⁰⁴ ITALIA. **Sentenza 21 ottobre 1999 n. 9417. TRIBUNALE DI MILANO**: Milano, 1999. Disponível em <<https://www.personaedanno.it/danno-esistenziale/trib-milano-21-ottobre-1999-g-u-chindemi-immissioni-acustiche-e-danno-esistenziale>> Acesso em 15 ago. 2016.

Pleiteavam assim, a declaração de intolerabilidade e periculosidade à saúde de trabalhos que provocavam ruídos acima do limite saudável, fato esse comprovado via perícia técnica oficial¹⁰⁵.

O grande mérito da decisão em análise foi um olhar diferenciado, específico no que tange ao dano existencial, analisando-se o mero potencial lesivo de um comportamento ilícito¹⁰⁶.

Destacou, assim, em seu conteúdo, que o dano ocasionado não poderia ser colocado como biológico, uma vez que atingiu o estado de saúde dos demandantes de maneira superficial e transitório, não tendo provocado propriamente uma doença, bem como não havia dor ou sofrimento experimentados no evento danoso.

Não obstante, a Corte considerou que o dano causado, embora não pudesse ser caracterizado como dano biológico ou moral, o ato do réu acarretou modificação no ritmo de vida normal dos autores, repercutindo em sua tranquilidade e paz de espírito pessoal, chegando a afetar suas atividades diárias por conta de um mal-estar em sua esfera emotiva e psíquica, causando ansia, irritação, estresse e uma série de outras turbulências emocionais.

Nesse ponto, a decisão foi primorosa a distinguir o bem jurídico tutelado, bem como se adequar aos novos parâmetros do conceito de saúde e bem estar. Primeiramente, por não mais se poder conceituar saúde como ausência de doença. Ademais, o próprio rol dos Códigos Internacionais de Doença – CID's, em seu Capítulo V especifica como doenças os transtornos mentais e comportamentais, que vão desde as doenças clássicas potencialmente incapacitantes como a demência, como também contempla outros transtornos como tiques e estresse pós traumático como patologias¹⁰⁷.

Interessante destacar que a decisão da corte milanesa menciona tais turbações de espírito como um mal-estar que não poderiam ser confundidos com determinadas doenças, tais como depressão, ansiedade ou estresse, que, de acordo com o Código Internacional de Doenças, podem ser enquadradas como tais, causando também um grau de dano biológico ao caso, que, de acordo com

¹⁰⁵ Caso também citado por SOARES, 2009, p. 80.

¹⁰⁶ ZIVIZ, 2011, p. 55-56.

¹⁰⁷ COSTA, Márcia. **CID por código**. Orientação Médica Essencial: Paraná, 2013. Disponível em <<http://orientacaomedicaessencial.com.br/ferramentas/cid-10/cid-por-codigo/>> Acesso em 15 de ago 2016.

Flavianna Soares, poderiam ser consideradas como dano biológico em sentido estrito¹⁰⁸.

De toda sorte, o Tribunal adicionou o elemento humano ao aspecto jurídico, reaproximando o direito com a realidade e não com a pura e limitada vontade do Estado. Aplicou assim os complexos aspectos da transdisciplinariedade para atender as necessidades do ser humano.

Ainda que de maneira perfunctória, grosso modo, esboçou consistir o dano existencial em alterações nas atividades normais do indivíduo, tais como, no caso, o descanso, o relaxamento, os trabalhos domésticos, resultando uma lesão na “serenidade pessoal”, tanto na família como posteriormente, levados ao local de trabalho dos indivíduos lesados¹⁰⁹, como uma reação em cadeia.

Assim, o ápice de tal decisão é a indicação dos requisitos pelo órgão julgador, ainda que genéricos e apresentados de forma superficial, para se verificar o dano existencial: A aferição da injustiça do dano, na conformidade do artigo 2049 do Código Civil Italiano; o nexo de causalidade entre o comportamento prejudicial e dano que deve resultar em uma avaliação da proporcionalidade ou da adequação entre as consequências injustas e prejudiciais; e a consecutividade do tempo entre o comportamento prejudicial e os danos, que devem ser aferidos caso a caso na situação concreta.

Tais requisitos serão trazidos à baila posteriormente para que se possa desenvolver-los de modo a configurar o dano existencial como uma categoria jurídica autônoma.

1.1.3.5 Sentença 7.713 da Corte de Cassação, de sete de junho de 2000 e Sentença 7.715/2000 da Corte Constitucional: O dano existencial gerado pelo não cumprimento do dever dos pais em sustentar os filhos

No âmbito do direito de família, a Sentença 7.713 da Corte de Cassação, de sete de junho de 2000 foi a primeira pronúncia deste Tribunal que reconheceu expressamente o dano existencial em situação em que o filho ajuizou ação contra

¹⁰⁸ SOARES, 2009, p. 80.

¹⁰⁹ ITALIA, 1999.

seu pai, pelo fato de não haver provido, intencionalmente, seu sustento, na época própria e em valor menor que o devido¹¹⁰.

Da interpretação dada às garantias constitucionais e civis italianas, conjugando os valores referentes ao ser humano, bem como o artigo 2043 do Código Civil Italiano que determina indenização de danos patrimoniais e de todos os que ao menos em potencial obstaculizem a atividade realizadora da pessoa humana, caracterizadas, no caso concreto, pelo comportamento omissivo e negligente do genitor que ocasionaram lesões a vários direitos do filho, violando e desequilibrando seus interesses extrapatrimoniais, prejudicando seu desenvolvimento pleno.

Na conformidade do artigo 570 do Código Penal Italiano, a conduta constitui delito de violação das obrigações de assistência familiar. Não obstante, foi absolvido sob o argumento de que a criança nunca esteve de fato necessitada, sendo sustentada integralmente por sua mãe¹¹¹.

Por outro lado, a vítima paralelamente ajuizou ação civil indenizatória, requerendo ressarcimento pelos danos pessoais sofridos em consequência do comportamento do pai, que lhe causou inúmeros desgastes, processo esse em que foi condenado ao pagamento de uma quantia para compensar o dano provocado em seu filho.

Foi considerado, assim, que a conduta do genitor, além de injusta, ilícita, ofendeu a condição humana jurídica de filho e de criança ou adolescente, cujo respeito dos pais é pressuposto fundamental para seu desenvolvimento sadio, condição essa para uma inserção saudável e não problemática no seio social, dado que o poder familiar constitui um poder-dever¹¹².

Desta forma, a Corte condenou o pai ao pagamento de indenização ao filho por danos extrapatrimoniais do tipo existenciais, considerando que o filho foi vítima da conduta omissiva reprovável do pai, causando-lhe restrições em seus interesses e até mesmo colocando-o em posição de maior vulnerabilidade frente a sociedade.

¹¹⁰ O conteúdo de referida sentença não é disponibilizado publicamente por qualquer meio por se tratar de matéria de direito de família. Caso disponibilizado por SOARES, Flaviana, 2009, p. 81.

¹¹¹ ALMEIDA NETO, 2003, p. 28.

¹¹² SOARES, 2009, p. 81. Isso porque todo poder deverá ser imediatamente relacionado determinados deveres, em contrário se tornará arbítrio, dado o seu potencial de lesão sobre outro indivíduo.

1.1.3.6 Sentença 7.715/2000 da Corte Constitucional

No mesmo ano da decisão anteriormente debatida, em sentença prolatada pela Corte Constitucional de número 7.715/2000, reconheceu-se expressamente o dano existencial do filho em relação ao seu pai que não cumpriu seus deveres como genitor, omissos em sua vida, portanto, violando assim interesses de relevo constitucional.¹¹³

Como o abandono material configura crime em solo italiano (crime identificado como “violação das obrigações de assistência familiar”), inculcado no artigo 570 do Código Penal Italiano¹¹⁴, o caso foi analisado sob a óptica penal e a da responsabilidade civil.

Absolvido na Corte pelo delito que lhe foi imputado sob o fundamento de que a criança nunca estivera necessitada, já que sustentada integralmente pela mãe, foi condenado no âmbito civil pelo Tribunal de Veneza.

A decisão foi confirmada posteriormente pela Corte Superior, condenando o réu a pagar significativa quantia em dinheiro, “em consequência do seu injusto comportamento”, dada a violação de direito fundamental da vítima, referente a condição de filho menor, invocando-se como fundamento a própria sentença 184/86 da Corte Constitucional.¹¹⁵

Desta forma, a vítima, no caso o filho do então réu, teve sua vida completamente comprometida em seu modo de ser, sendo privado injustamente da figura paterna, bem como enfrentando problemas face a sociedade os quais muito provavelmente não enfrentaria acaso estivesse com a figura de seu pai ao lado.

1.1.3.7 Sentença destaque do Tribunal Penal de Locri, de seis de outubro de 2000, referente à responsabilidade de médico em ecografia fetal por erro de avaliação

¹¹³ LORIO, Giovanni. *Infideltà coniugale e risarcimento del danno*. Milano: Giuffrè Editore. Disponível em

<<https://books.google.com.br/books?id=QIDXAfYiZpAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 10 set. 2015.

¹¹⁴ ITALIA. *Codice Penale*. Disponível em

<<http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>> Acesso em nov. 2015.

¹¹⁵ ALMEIDA NETO, 2003. p. 28

A decisão está relacionada a ação ajuizada para reconhecimento de dano existencial no aspecto penal, e versou sobre a responsabilidade de um médico que realizou três ecografias¹¹⁶ em uma gestante, em datas diversas, cujos resultados unanimemente indicavam a evolução de uma gestação normal, bem como o regular desenvolvimento do feto.¹¹⁷

Não obstante, no momento do nascimento observou-se que a filha da parte autora era portadora de graves malformações físicas, que seriam detectáveis quando da realização dos seus três exames, o que acarretaria, assim, a responsabilidade do médico que os realizou.

Na decisão, o tribunal constatou que o réu foi negligente, imperito e imprudente em seu diagnóstico que, além de estar equivocado, demonstrou uma falta de aptidão para a correta leitura de seus dados.

Por conta do ocorrido, a mãe da criança sofreu, após configurado seu estado de surpresa, depressão severa causada pelo nascimento de sua filha, a qual não esperava e não se preparava para recebê-la, agravada por nutrir a ideia de que teria uma criança completamente saudável.

Destaque-se aqui que o ponto crucial não seria a possibilidade da genitora rejeitar sua filha pelas malformações que veja a ter nascido, mas sim a ausência de preparação de um lar para uma criança com necessidades especiais, bem como a própria inexistência de condições para a preparação psicológica prévia da mãe que já se sentia tranquila em relação a sua criança e já projetava sua vida e cuidados necessários para sua filha.

Assim, diante da falta de previsão do evento em virtude do equívoco do médico, acarretou a impossibilidade de realização de inúmeras atividades as quais tiveram de ser suprimidas ou modificadas na vida da mãe, tendo em vista o tratamento e vigilância dispensados à criança.

¹¹⁶ Exame mais completo e exato em relação ao ultra som, capaz de verificar o número de semanas da gestação, estabelecer o número de fetos, excluir a possibilidade de gestação extrauterina, bem como a verificação de qualquer má-formação no embrião. DIAZ M. Gonzalo E. **Ecografia em cor**. Bogotá: Telemedicina. Disponível em <<http://gonzalodiaz.net/portugues/ecografiaabdominal.shtml>> Acesso em nov. 2016.

¹¹⁷ SOARES, 2009, p. 82. A decisão pode ser visualizada, ainda que não de modo completo, por se tratar de processo penal restrito em publicidade em solo italiano em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjo2OXU_MrRAhWHW5AKHbGuC4UQFggkMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.personaedanno.it%2Fattachments%2Fallegati_articoli%2FAA_001095_resource1_orig.doc&usq=AFQjCNFfJ3zWdGm7q-uJYnfQJ8sRepoCqg&bvm=bv.144224172,d.Y2I> Acesso em 20 ago. 2016.

Nesta decisão, uma vez reconhecido o dano existencial como categoria autônoma, fez com que referido Tribunal declarasse a existência do dano biológico, relacionado com o nascimento com as malformações da criança, cumulado com o dano moral, vinculados à supressão do ânimo da mãe pelo sofrimento vivenciado; e o dano existencial, tendo em vista a modificação negativa e de certa forma permanente das suas atividades cotidianas.

Flaviana Soares critica contundentemente, quando sustenta que, não estando claro na decisão judicial se o médico poderia ou não impedir ou amenizar as deformidades, através da verificação do exame, este não poderia ser responsabilizado pelo dano biológico à criança, uma vez que tal situação decorreu da própria ação da natureza, sendo considerado um fato jurídico sem a possibilidade de incidência da responsabilidade humana.

1.1.3.8 Sentença da Corte de Apelação de Áquila, *Sezione Agraria*, de vinte e sete de fevereiro de 2001, referente a RGC 9/99 em causa civil agrária¹¹⁸

Domicis de Antonio e sua família apresentaram ação de indenização por danos contra Ulysses Pasquale tendo em vista o firmamento de uma espécie de contrato agrário de parceria do uso da terra, visando a divisão dos produtos e lucros, frutos da utilização do terreno utilizado.

A Corte de Apelação levou em consideração que, em razão do vínculo contratual entabulado, o autor não possuía opções senão viver com sua família em uma residência sem condições de habitação, incômoda, com constantes vazamentos de água e sem infraestrutura de saneamento para uma razoável higiene¹¹⁹.

Amparada no disposto no artigo 2.145 do Código Civil Italiano¹²⁰, o qual expressamente estabelece a obrigação do concedente de tal contrato de dispor uma

¹¹⁸ A decisão, na íntegra, encontra-se em ITALIA. **Testo integrale della Corte d'Appello 21 febbraio 2001.** Persona e danno: Trieste, 2001. Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OIPEuc6MZ7gJ:https://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_001204_resource1_orig.doc+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 20 dez 2016.

¹¹⁹ Decisão também mencionada por SOARES, Flaviana, 2009, p. 83.

¹²⁰ ITALIA. *Codice Civile*, 2016. Referido artigo, acerca dos direitos e deveres do concedente, estabelece a obrigação de não causar embaraços ao exercício da empresa, bem como garantir uma “casa adequada”, em uma tradução livre, para o agricultor e para a família que colonizará o local.

casa adequada à família do agricultor, a Corte reconheceu a responsabilidade do fazendeiro, dono da terra, estabelecendo sua responsabilidade.

Levou-se em consideração, quando do julgamento, que a casa concedida ao trabalhador rural, além dos diversos vazamentos de água, fora erguida juntamente à estrebaria e local de mobilização de animais, sem a mais básica manutenção, violando assim as condições mínimas de higiene, salubridade e segurança, e conseqüentemente o direito à existência livre e digna.

A corte decidiu pela indenização não apenas por danos patrimoniais como danos extrapatrimoniais, considerando danos de várias ordens, dentre os quais, lesões de natureza constitucional, caracterizadas na decisão como danos existenciais, passíveis da mesma sorte, de indenização.

Tal decisão, embora extremamente sintética, longe de discutir o tema com profundidade, estabeleceu, no direito agrário, a consideração humana não apenas de um indivíduo, mas de todo um ente familiar em seus direitos existenciais, em condições dignas de sobrevivência e a restrição da liberdade da pessoa pelas necessidades básicas que possui.

1.1.3.9 Sentença de número 9009 de 3 de julho de 2001 da Corte de Cassação Italiana, *Sezione Lavoro*

A Corte de Cassação Italiana, na sua atribuição de poderes, cumula competência de análise dos direitos trabalhistas em sessão especial chamada de *Sezione Lavoro*, uma vez que não há no país um tribunal específico para este fim. A disciplina é tratada como parte do direito privado, aplicando-se as regras especiais de direito laboral, bem como as regras de direito constitucional.

A sentença 9009 de 3 de julho de 2001¹²¹, no âmbito dos direitos laborais, pioneira sobre o assunto de danos existenciais, exaltou que tanto o prejuízo à saúde quanto aos direitos de dimensão existencial de natureza não patrimonial, não podem ser deixados sem tutela ressarcitória, a partir de uma leitura constitucional orientada do sistema de responsabilidade civil.

¹²¹ ITALIA PUNTO DOC. ***Risarcibile al lavoratore il "danno da usura" Annullata una sentenza del Tribunale del Lavoro di Foggia.*** Corte di cassazione 9009/2001. Disponível em <<http://www.italiapuntodoc.it/doc/doc448.php>> Acesso em: 12 set. 2015.

O processo seguiu com parcial restrição por conta do direito à privacidade, o que foi deferido pela Corte Italiana, havendo publicação do seu teor tendo em vista a importância do caso¹²². Versou acerca de um trabalhador que requereu indenização em virtude de seu empregador não lhe conceder gozo de repouso semanal, configurando violação do seu direito à saúde, afetando não apenas a renda, como também causando dano biológico ao trabalhador.

No caso, foram requeridas verbas salariais e relacionadas a repouso semanais, que teriam gerados danos decorrentes de extremos desgastes causados ao trabalhador, que deveria ter uma existência digna e proveitosa, necessária para a recuperação de sua energia para não apenas a conservação de sua saúde como de seu bem estar.

Com efeito, de maneira acertada, o Tribunal considerou o trabalhador não como uma máquina ou peça de maquinário de um sistema de produção capitalista desordenado, mas sim como um ser humano provido de outros interesses além de sua realização patrimonial.

Foi levado em consideração o fator importante de que pouco importa a alegação do empregador de que o trabalhador aderiu voluntariamente a essas condições, uma vez que aquele se utiliza do vínculo laboral para sobreviver com as condições mínimas de existência e atender aos seus interesses mais básicos em suas necessidades.

Sem a possibilidade de escolha, o empregado anula completamente seus interesses lesionando seus direitos mais básicos como a saúde física e psíquica com o único propósito de pagar suas contas, ter um mínimo de moradia e alimentação, uma vez que o tempo utilizado para lazer, prática da saúde preventiva, informação e repouso resta prejudicado.

Uma vez lesionado tal direito, quando adoecido, o trabalhador é afastado para tratamento, se não é dispensado de suas funções, como uma peça mecânica ou robótica, sendo privado dos direitos mais básicos e, sem o suporte financeiro adequado, sem a possibilidade de prover moradia, transporte e alimentação, quanto

¹²² A decisão, na íntegra, pode ser lida em ITALIA. **Sentenza 9009 3 di iulio di 2001**. Corte de Cassazione: Roma, 2001. Disponível em <<http://www.studiocesarerosso.it/cgi-bin/allegati/Corte%20Cassazione%20-%20Sentenza%20n.%2021225-2015%20-%20Danno%20per%20mancata%20fruizione%20di%20riposo%20compensativo.pdf>> Acesso em 30 out 2016.

mais repouso, lazer, informação ou educação complementar para a possibilidade de reentrar no mercado, poderá vir a cair na miserabilidade ou mesmo vir a perecer.

Eis então a primeira decisão laboral acerca do dano existencial na Itália, que levou em consideração não apenas o dano patrimonial, como o extrapatrimonial, em suas feições morais e existenciais no âmbito do direito do trabalho, acrescentando mais preocupação com o elemento humano e social em suas decisões.

1.1.3.10 Sentença da Corte de Apelação de Gênova, de sete de fevereiro de 2003, conhecido como “o Caso Barillà”¹²³ referente à responsabilidade do Estado por prisão de inocente

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Recurso de Génova, em decisão final, condenou o Estado ao pagamento de indenização ao empresário Daniele Barillà, como resultado de um erro judicial em que a vítima, presa em fevereiro de 1992, ficou mantida cárcere por sete anos e meio como traficante de cocaína sendo mais tarde absolvido em o novo julgamento.

À época, o policial estava perseguindo um procurado traficante de drogas em carro idêntico ao de Barrilà, que, uma vez confundido com o indiciado, acabou preso em seu lugar. O empresário foi condenado ao final do processo a 15 anos de prisão, cumulada com o pagamento de multa, somente tendo sua revisão de sentença admitida com a prisão do verdadeiro traficante em 1997. O tribunal somente o absolveu e expediu ordem de soltura em julho de 1999, sendo a decisão totalmente revogada pela Corte de Apelação de Gênova somente em 17 de julho de 2000¹²⁴, já com as sequelas de ter passado em um prisão de modo injusto.

A decisão da Corte Genovesa debruçou-se no caso, entendendo que a vítima sofreu danos de todas as ordens, tomando por base em especial a perda de sua função profissional; o lucro anual alcançado enquanto empresário; a venda de sua moradia para custear as despesas de sua defesa; a perda de seu automóvel confiscado pelo Estado por conta dos fatos ilícitos injustamente imputados; redução

¹²³ O conteúdo na íntegra é restrito nos sites italianos. Não obstante, como versou sobre uma ocasião de erro do judiciário, organizações não governamentais movimentam os casos das vítimas e promovem publicações sobre as discussões e desfechos dos casos, como é o caso do link ARTICULO 643. **Il caso Barillà. Associazione Nazionale Vittime Errori Giudiziari**: Bolonha. Disponível em <<http://www.art643.org/I-Casi/ID/4/II-caso-Barilla>> Acesso em 22 dez 2016.

¹²⁴ SOARES, 2009, p. 84.

da capacidade laboral; despesas com psicoterapia e demais tratamentos médicos; além dos danos biológicos e existenciais.

O ponto alto desta decisão especificamente foi a distinção, ainda que grosso modo, do dano existencial como categoria autônoma, distinguindo-o do dano biológico e do dano moral.

Nessa oportunidade, a Suprema Corte, em decisão mais completa acerca do tema, afirmou que o dano existencial é diferente de dano biológico e não pressupõe qualquer dano físico ou mental, nem de comprometimento da saúde pessoal, mas refere-se às transformações e prejuízos no desenvolvimento do estilo e hábitos de vida e as relações interpessoais causados pelo fato de ser um dano injusto.

Além disso, conquanto o dano moral subjetivo ou puro se esgote na dor causada pelo fato da prática de um ato mal-intencionado, um dano de ordem exclusivamente psicológica de natureza transitória; o dano existencial, apesar de também possuir sequelas de natureza psicológica, resulta em mudanças pejorativas que se projetam no tempo, embora nem sempre definitivas, em relação aos seus hábitos de vida e às relações interpessoais. Inclusive exemplificou que uma pessoa presa por um dia sofreu indubitavelmente danos morais, mas não necessariamente danos existenciais.

A sentença também levou em consideração que se deve ampliar as hipóteses de proteção, devendo-se ainda analisar sobre a suficiência ou não dos filtros que são oferecidos pelo sistema do país. Isso porque o sistema de responsabilidade por danos extrapatrimoniais adota dois filtros, concluindo que a injustiça do dano e os valores constitucionais afetados já seriam suficientes para a identificação dos danos merecedores de tutela reparatória, ainda que provocados no exercício de atividade legítima, mas com consequências injustas.

A questão do ato ser legítimo embora injusto e causador de indenização por danos é outro ponto que merece destaque em referida decisão, uma vez que não foi vinculada à necessidade de um ato ilícito, o que a torna ainda maior em importância e distinção de teor.

Em síntese, a indenização pelo dano existencial, assim, foi concedida, levando-se em consideração o comprometimento negativo nas condições de vida do lesado, que renunciou involuntariamente seus próprios hábitos de vida, não podendo constituir família ou sequer conviver com a noiva e sua família; não pode sequer estar junto ao pai quando do falecimento deste, além de sofrer preconceitos e

privações por parte das pessoas com as quais convivia por ser considerado traficante de drogas.

Posteriormente, em análise ao recurso da Advocacia Distrital do Estado de Gênova, a Corte de Cassação manteve, em sua decisão de número 2050, de vinte e dois de janeiro de 2004, a condenação pelo pagamento de tais danos à vítima¹²⁵.

1.1.3.11 Sentença número 233 da Corte Constitucional, de onze de julho de 2003, referente a responsabilidade de a cidade de trânsito relacionada à culpa presumida¹²⁶

As ações que deram origem à esta decisão versam sobre pedidos de indenização por danos extrapatrimoniais requeridas pelos herdeiros de vítima envolvida em um acidente de trânsito em relação aos condutores dos veículos envolvidos.

Nessa oportunidade, a Corte destacou a abrangência da legislação civil, podendo compreender qualquer dano de natureza extrapatrimonial derivado de dano que atinja valores inerentes à pessoa, abrangendo e distinguindo os três danos extrapatrimoniais reconhecidos na doutrina e na jurisprudência na seguinte forma: dano moral subjetivo, que seria a transitória perturbação do estado de ânimo da vítima; o dano biológico em sentido estrito, assim entendido como lesão ao interesse à integridade física e psíquica da pessoa, medicamente comprovada; e o dano existencial como um dano derivado da lesão a outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa.

A importância e inovação da decisão é o tratamento dispensado à culpa presumida no que se refere à indenização aos herdeiros da vítima, os quais não sofreram o evento diretamente, mas sim os efeitos do dano de maneira reflexa, dando azo a possibilidade de se discutir a questão do dano existencial reflexo ou por ricochete.

¹²⁵ SOARES, 2009, p. 84.

¹²⁶ A decisão na íntegra, bem como as referências constantes no presente trabalho encontram-se em ALTALEX. ***Il danno non patrimoniale è risarcibile anche nel caso di colpa presunta.*** Corte Costituzionale d'Italia: Roma, 2008. Disponível em <<http://www.altalex.com/documents/news/2008/08/27/il-danno-non-patrimoniale-e-risarcibile-anche-nel-caso-di-colpa-presunta>> Acesso em 24 dez 2016.

Ora, não se pode deixar de pensar em uma viúva ou um viúvo e filhos menores que dependessem economicamente do outro genitor. Afora a modificação na distribuição de tarefas e da vida cotidiana sem a sua presença, sem contar a questão da figura presente todos os dias, privando de seu convívio. Não se tratou aqui de qualificar o dano moral, como a dor e sofrimento experimentados pelos filhos, mas sim a questão do projeto de vida e projeção de existência da pessoa na realidade a qual inserida.

1.1.3.12 Corte Suprema de Cassação decisão número 6.572 de 24 de março de 2006

Trata-se da decisão conhecida como uma das mais completas e descritivas em relação aos danos existenciais proferida pelo seu órgão máximo na jurisdição civil, ou seja, na *Sezione Unite*.

Também versando sobre direitos do trabalho, a ação versava indenização por assédio moral e dispensa injustificada. A empresa ferroviária processada teria rebaixado o empregado em suas funções e a própria produtividade, prejudicando sua credibilidade e qualificação enquanto profissional, bem como lhe causado uma série de danos de ordem patrimonial e extrapatrimoniais.

Considerou-se em referida decisão o caráter contratual da relação de trabalho, a qual, de fato, poderá versar sobre a negociação dos direitos e deveres de ambas as partes, não obstante não podendo violar normas de caráter constitucional e acerca dos direitos de personalidade, o que decorreria inclusive do artigo 2087 do Código Civil Italiano que aduz ser obrigação do empregador a preservação da saúde física e moral da integridade do trabalhador uma vez que tem potencial de lesar o trabalhador quando do estabelecimento de seu poder sobre uma pessoa que necessita do mínimo para sobreviver.

Foi considerada assim a necessidade de pagamento da indenização para reparação por danos patrimoniais, em danos emergentes e lucros cessantes caracterizados inclusive pela desqualificação do profissional; bem como por danos extrapatrimoniais em sua ordem moral, biológica e existencial.

Em tal decisão, foi afirmado que se entende por dano existencial qualquer prejuízo que um ato ilícito provoca sobre as atividades não econômicas do sujeito,

alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver em sociedade, modificando sua rotina diária, privando-o de se exprimir e de realizar sua personalidade no mundo físico.

Indicou ainda que tal dano funda-se não meramente sobre a natureza emotiva e interiorizada, própria do dano moral, mas objetivamente constatável, através da análise do caso concreto, das escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.

Destacou o forte significado existencial do emprego, de modo que a venda da força de trabalho de um indivíduo configura uma troca de seu desempenho e imagem por um salário, sem a divisão do lucro ou benefício gerado ao seu empregador, bem como também realçou a necessidade de se desconsiderar fórmulas padronizadas de julgamento, devendo-se sempre se debruçar no caso concreto para a análise proporcional e razoável do plano existencial do indivíduo.

Distinguiu ainda o dano moral do dano biológico e o dano existencial como outras decisões já haviam feito anteriormente, condenando assim o empregador, nessa última instância, ao pagamento por essas três categorias de danos extrapatrimoniais isoladamente.

Outras decisões, desde então, foram prolatadas em solo italiano, cada vez mais consolidando tal modalidade de dano não patrimonial como categoria autônoma¹²⁷, todas de modo a contribuir com a consolidação da ideia da categorização e autonomia do dano existenciais.

Faz-se mister destacar ainda que outros Tribunais da Europa possuem decisões semelhantes às italianas, tais como Portugal e França. Exemplo fornecido por Júlio Bebbber¹²⁸ é a Apelação de número 560/2000 do Tribunal de Coimbra, em Portugal, que versa acerca da redução da capacidade laboral e de atividades cotidianas por dano biológico, análogo ao *Prejudice d'agrément* francês (perda da graça, do sentido da vida), o qual se traduziria em um prejuízo concreto de afirmação pessoal, ou seja, pela perda da fruição dos prazeres da vida.

Não obstante, o fizeram de modo genérico e sem parâmetros mais profundos, limitando-se a replicar resoluções do Conselho Europeu, como a de número 75¹²⁹,

¹²⁷ SCHREIBER, 2013, p. 115.

¹²⁸ BEBBBER, Julio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações.** Revista LTR. Vol. 73 nº 1, janeiro de 2009.

¹²⁹ CONSEIL D'EUROPE. **Resolution 75: Relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et des décès.** France: Comité des Ministres, 1975. Disponível em

de 14 de março de 1975, que genericamente indica que deve ser indenizado o dano meramente estético, assim como o que cause na vítima a perda do sentido da vida, da possibilidade de continuar suas atividades cotidianas. Indica, sem qualquer indicação de parâmetro, que não apenas os danos patrimoniais como os danos à pessoa devem ser reparados.

Esse foi o motivo, portanto, do debruço do presente estudo voltar-se para a Corte Italiana, uma vez que foi a primeira a aprofundar o tema utilizando-se de parâmetros previamente debatidos, formando jurisprudência consolidada sobre o tema.

1.1.4 Crítica italiana sobre a autonomia do dano existencial

Conforme salientado por Anderson Schreiber¹³⁰, pela própria evolução do estudo e aplicação do dano existencial na experiência italiana, objeções severas à figura têm sido raras, sendo as maiores preocupações relacionadas com a expansão excessiva, em sede doutrinária e jurisprudencial, da possibilidade de serem inventadas novas espécies de danos.

Essa preocupação perde qualquer razão de existir se for levada em consideração a necessidade de lastros, critérios e parâmetros que a um primeiro momento de fato apenas possuem aparência de frágeis, cabendo, para a erradicação de tais temores, a demonstração cabal de sua autonomia, fundamentação jusfilosófica e parâmetros de aplicabilidade.

Até então, o verificado era a utilização empírica de uma categoria patentemente autônoma, não obstante a inaplicação de critérios científicos para a demonstração dessa sua autonomia.

Outra objeção levantada pelos doutrinadores italianos mais arraigados ao pensamento tradicional ainda trazem a chamada crítica “eventística”, relacionada à necessidade da observância de um evento atrelado a um resultado naturalístico, material, ou seja, uma modificação visível no mundo externo, para se configurar uma concepção jurídica do dano¹³¹.

<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f1a02>> Acesso em abr. 2017.

¹³⁰ SCHREIBER, 2013, p. 113.

¹³¹ Crítica apresentada por CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 37-40.

Essencialmente, dano e lesão são coisas distintas, tendo-se o dano como consequência da lesão causada¹³², sendo que nem sempre o dano poderá ser verificado aos olhos humanos, assim como o ar poluído que se possa respirar, prejudicando a saúde do indivíduo, razão pela qual tal objeção não alcançou tanta força em solo italiano.

Isso porque uma lesão constitui um resultado a uma agressão injusta, mas que nem sempre atinge a funcionalidade do objeto protegido, ao contrário do dano em que se perde a função destinada do bem ou interesse juridicamente protegido.

Não obstante, conforme salientado por Patrícia Ziviz, adotar uma visão favorável a identificar o dano no que concerne à lesão aos direitos da personalidade possui o inconveniente do aparente alargamento da responsabilidade civil. Não obstante, quanto ao caso concreto, em ordem de interpretação jurisprudencial, devem ser apresentados critérios para aplicação e mensuração do dano existencial¹³³.

Com efeito, a doutrina carece de lastro e fundamentação teórica de caráter jus-filosófica até então, fazendo com que objeções de natureza genérica também sejam apresentadas apenas com especulações sem maior profundidade.

Alertas como esse podem ser encontrados em decisões como no caso da sentença 8.827 de 2003, em ocasião de ação de responsabilidade movida por um casal cujo filho sofreu lesões cerebrais graves por erro médico no parto.

Diferentemente da sentença 6607, anteriormente debatida, o processo, movido pela mãe representando o filho recém-nascido contra o médico realizador do parto, versava sobre indenização pelos danos causados diretamente à criança na ocasião do parto, causando-lhe sequelas permanentes¹³⁴.

A decisão levou em consideração o erro cometido pelo médico responsável no procedimento da cesariana, tendo atrasado a retirada da criança e desconsiderado seus batimentos cardíacos, o que ocasionou limitação da oxigenação sanguínea do cérebro da criança, a qual acabou tendo como consequências paralisia cerebral permanente e uma vida em estado vegetativo.

¹³² ZIVIZ, 2011, p. 86.

¹³³ ZIVIZ, *Ibidem*, p. 87.

¹³⁴ A decisão, com restrições de nomes e outros dados, pode ser visualizada em ITALIA. **Cassazione civile, sentenza n. 8827 del 31 maggio 2003, sezione III.** Il sole 24 ore: Roma, 2003. Disponível em <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Speciali/2005/Documenti%20lunedì/19dicembre2005/CASS_CIV_8827_2003.pdf?cmd%3Dart> Acesso em 24 de dez 2016.

Com isso, a vida dos pais estaria afetada por um dano injusto cometido por terceiro, tendo assim seus hábitos de vida alterados e principalmente, a possibilidade de uma velhice tranquila, com a necessidade e preocupação de manter um filho em estado vegetativo cujo destino seria duvidoso após a morte de seus genitores responsáveis.

Por outro lado, organizou o tema, bem como teceu críticas construtivas, no sentido de que era necessário adentrar na lógica do desdobramento dos fatos para que se pudesse apurar a responsabilidade com justiça, excluindo-se causas naturais que não fossem passíveis de compensação, uma vez que não poderia o tema crescer de maneira desordenada.

Tal decisão atendeu, portanto, a evolução do direito italiano sob a óptica constitucionalizada do direito privado, sem descuidar da atenção à necessidade de uma organização teórica e criteriosa sobre a sua aplicação.

Outro ponto levantado em outras decisões das Cortes Italianas, como a decisão da Corte de Cassação de novembro de 2012¹³⁵, seria em relação ao dano existencial como categoria ainda indefinida e atípica, embora integrante da constituição do que seriam danos extrapatrimoniais, distintos dos danos morais, uma vez que deve analisar os aspectos relacionais próprios dessa espécie de prejuízo.

Desta forma, o dano existencial apenas poderia ser configurado como categoria descritiva, não como categoria jurídica¹³⁶, aplicando certos elementos sem formar uma dogmática.

Não obstante, tal crítica é combatida na própria jurisprudência italiana, que, apesar de pequenas divergências, considera a atual situação do direito no sentido de personificação do dano, não se havendo de simplificar algo de modo a causar danos injustos sem qualquer tipo de responsabilização, não havendo de considerar o dano extrapatrimonial como uma única forma de dano ao ser humano.

Ademais, não foram encontradas tantas críticas acirradas que ataquem mais abertamente o dano existencial no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

¹³⁵ NEGRO, Antonello. *Il danno alla persona: Vecchi e nuovi modelli risarcitori*. IN: RUSSO, Paolo. **La responsabilità civile: Il dano esistenziale**. San Mauro Torinese, 2014, p.37-38.

¹³⁶ NEGRO, Antonello. *Il Danno Esistenziale Oggi*. In: RUSSO, Paolo. **La responsabilità civile: Il dano esistenziale**. San Mauro Torinese, 2014, p.132.

1.2 DANO EXISTENCIAL EM SOLO AMERICANO: A análise do dano existencial na Corte Interamericana dos Direitos Humanos em relação ao projeto de vida da pessoa

Com a repercussão internacional das decisões e estudos originados da Corte Europeia de Direitos Humanos, o tema também veio a ser debatido e aplicado em solo americano, não obstante, genericamente debatido com uma outra roupagem: O chamado “dano ao projeto de vida”, assim configurado como conteúdo existencial do ser humano, vulnerável em relação a atuação de outros seres humanos.

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, um dos principais órgãos internacionais responsáveis pela promoção, conscientização e pela proteção efetiva dos direitos humanos no âmbito interamericano, a partir de 1997 proferiu, em algumas oportunidades, sentenças relacionadas ao dano ao projeto de vida como reparação efetiva ao lado dos chamados danos materiais e dos tradicionalmente denominados como danos morais.¹³⁷

Há de se ressaltar o alerta de Cançado Trindade¹³⁸, de que, mesmo ratificando os tratados de direitos humanos e até mesmo possuindo legislação interna no sentido de garanti-los formalmente, muitos países ainda não possuem plena consciência da natureza e alcance das obrigações convencionais que são contraídas em matéria de proteção de direitos e realização da dignidade humana.

¹³⁷ SESSAREGO, Carlos Fernandez. ***El daño al “proyecto de vida” em la jurisprudência de la corte interamericana de derechos humanos.*** Disponível em <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/EI_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e>, 1996. Acesso em: 25 set. 2015. Carlos Fernandez Sessarego é um dos mais renomados juristas e filósofos latinos acerca do tema do projeto de vida, que, no presente trabalho pode-se afirmar que configura o conteúdo do que se chama “dano existencial”. Destaque-se que para a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, o dano existencial é ocasionado por conta de um dano a um projeto de vida do ser humano. O dano ao projeto de vida pela Corte Internacional é fundamentado pela doutrina existencialista, embora não tenha galgado a configuração de um dano categoricamente autônomo.

¹³⁸ Apud TEREZO, Cristina. **Parte I: A Dinâmica dos Direitos Humanos e a Estática dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** In: GIOVANNETTI, Andrea (org). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. pp. 26 – 81.

1.2.1 Consagração jurisprudencial do “dano ao projeto de vida” na Corte Interamericana dos Direitos Humanos

A sentença paradigmática a ser estudada foi alicerçada no caso de Maria Elena Loayza Tamayo contra o Estado do Peru (conhecido interinamente na Corte como Caso Loayza Tamayo versus Peru), destacando a aplicação de indenização pelo “dano ao projeto de vida” em que a autora pleiteava a responsabilidade por haver sido absolvida pelo delito de traição à pátria pela justiça militar e, ato contínuo, ser inexplicavelmente processada pela justiça comum pelos mesmos fatos acerca dos atos de terrorismo supostamente praticados¹³⁹.

Referido caso foi de suma importância, uma vez que foi a primeira vez na história da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se reconheceu a autonomia conceitual do dano ao que convencionou chamar de “dano ao projeto de vida”¹⁴⁰.

A decisão, iniciada em debate em setembro de 1997 e cujo desfecho deu-se em novembro de 1998, com a absolvição das imputações criminosas contra Loayza, bem como a violação das garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Além da ordem judicial para a liberação da vítima em prazo razoável, determinou que fosse estabelecida para ela indenização, bem como para seus familiares.¹⁴¹

Loayza fora processada, interrogada e presa injustamente quando, ao final de seu processo, acabou por ser totalmente absolvida. Posteriormente, engendrou ação

¹³⁹ A decisão do caso Maria Elena Loayza Tamayo versus Estado do Perú, na íntegra, pode ser visualizada no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú: Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas)*, 1998. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf> Acesso em 20 ago. 2016.

¹⁴⁰ FALCÓN, Candelária Aráoz. **Dano ao “Projeto de Vida”: Um novo horizonte às reparações dentro do sistema Interamericano de Direitos Humanos?**. REVISTA DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA Unijuí: Ijuí. Ano 3, n. 5 jan./jun., 2015, p. 52-53. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>> Acesso em abr. 2017.

¹⁴¹ SESSAREGO, 1996; SESSAREGO, Carlos Fernandez. **El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. In: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley*: Buenos Aires, 1999. Disponível em <<http://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista10/LECTURA.htm>> Acesso em 15 nov. 2016

de reparação por danos, seus e de seus familiares, pelos quais apresentou testemunhas e provas documentais.

Não tendo logrado êxito em seu pleito, em fevereiro de 1998, tendo procurado o Centro de Justiça e Direito Internacional, membro do *Human Rights Watch/Americas* (como uma espécie de “observatório” local) representou perante a comissão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, um dos principais órgãos internacionais responsáveis pela promoção, conscientização e pela proteção efetiva dos direitos humanos no âmbito interamericano para elaboração de parecer para efeito de uma possível intercessão da Corte Internacional sobre o Estado do Peru.

O parecer gerado foi encaminhado como relatório para fundamentar a denúncia perante a Corte Internacional, cujo julgamento foi presidido por Hernán Salgado Pesantes e revisado por Antonio Cançado Trindade.

Em síntese, a Corte levou em consideração os artigos de jornal da época do ocorrido, bem como outros documentos anexados pela requerente, como comprovantes de seu estado de saúde físico e psicológico, recibos de gastos médicos e sua restrição laborativa. Também anexou documentos relacionados aos gastos de transporte de familiares para a entrega de víveres na penitenciária de segurança máxima onde estava alocada, vídeos, comprovantes de gastos referentes à educação e manutenção de seus filhos, bem como de suas sequelas psicológicas e gastos extras realizados por sua genitora.

A Corte destacou em sua decisão em especial os fatos de Loayza possuir 36 anos de idade, perder a guarda de seus filhos, bem como ficar separada de sua família e a perda de seu emprego. Ainda que se reintegrasse a vítima em seu emprego anterior, nada seria da exata forma que antes.

Ademais, o Tribunal Internacional também incluiu o reconhecimento da existência de danos a seus familiares, não apenas pelos deslocamentos para a visita em um presídio de segurança máxima, como principalmente o dano extrapatrimonial experimentado.

Com o intuito de garantir a efetivação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, bem como uma reparação ao indivíduo, pela afronta a seus direitos mais básicos, a corte considerou que foram violadas as garantias judiciais reconhecidas no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, qual seja, a proibição do *bis in idem*. Na sentença de reparação, a Corte ordenou que o Estado peruano

pusesse María em liberdade em um prazo razoável. A decisão mostrou a dimensão fenomenológica da liberdade ontológica no que consiste o ser humano¹⁴².

No caso Loayza Tamayo, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos não avaliou a questão do projeto de vida na sentença de mérito. Julgou os artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e não propriamente no artigo 4º, que aborda o direito à vida sobre outra dimensão, que seria justamente o direito à existência digna.¹⁴³

De acordo com a referida decisão, nenhum governo possui o direito de restringir indevidamente a liberdade, ou não conceder meio algum de alcançá-la, motivo pelo qual determinou ainda que a vítima tivesse seus antecedentes penais, judiciais e carcerários negativados, além de ser reincorporada no colégio onde laborava como professora das disciplinas de História e Geografia.

A decisão distinguiu o capítulo de danos materiais, dos danos extrapatrimoniais, nesse caso, subdivididos em categorias distintas: os danos morais e os danos ao projeto de vida da pessoa.

O dano moral, na decisão em apreço, foi considerado em seu conceito clássico, como sofrimento, humilhação e sentimento de vexação e estigmatização experimentado pela vítima e seus familiares.

O projeto de vida já havia sido mencionado em sentença reparatória pela Corte Interamericana em 1988 como a “dimensão mais importante de liberdade ontológica do ser humano”¹⁴⁴, ampliando o leque de danos à pessoa, para além dos danos meramente morais.

No caso de Loayza, o Tribunal enfrentou mais do que a configuração do alcance conceitual do que seria o projeto de vida, mas sim aplicou tal noção da frustração ou atraso do projeto de vida do indivíduo, impedindo-o de realizar metas de caráter pessoal, familiar e profissional que se possa razoavelmente avaliar

¹⁴² SESSAREGO, 1996.

¹⁴³ JACOB, Valena Mesquita Chaves. Em atenção à necessidade de modificação do trecho da tese no dia da defesa ocorrida em 23 de março de 2017. De acordo com Valena Jacob, deve-se deixar claro que nessa sentença de reparação a Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizou a tese do dano ao projeto de vida de forma utilizada das sentenças de mérito. No presente trabalho, utilizou-se a sentença de reparação e não a sentença de mérito, uma vez que o intuito foi utilizar a primeira decisão a consagrar a autonomia conceitual do dano ao projeto de vida como forma de analisar o início de sua utilização nessa Corte Internacional.

¹⁴⁴ SESSAREGO, 1999.

quando preso injustamente acusado de crimes gravíssimos como no caso, o de terrorismo¹⁴⁵.

Nesse sentido, o Tribunal Internacional interpreta “vida” como uma “expressão objetiva de liberdade que ontologicamente é o ser humano”, indicando que sob esta óptica somente é possível atribuir o caráter de “vida” ao ser humano, ente livre e atemporal¹⁴⁶. Como ser livre e atemporal, é projetivo, sendo que sua vida é projetar ao longo do tempo, conforme a doutrina existencialista, como será analisado adiante.

Assim, uma vez que o ser humano é temporal, vive em um determinado lapso de tempo, sendo que algumas situações de liberdade somente podem e devem ser exercidas em determinados períodos para se perfazer. Sob tal aspecto, a vida pode ser associada, no entendimento do Tribunal, ao conceito de realização pessoal, que por sua vez é apoiada nas opções de escolha que um indivíduo pode ter para conduzir sua vida e obter meios para realizar os seus objetivos propostos¹⁴⁷.

Liberdade, em tal perspectiva, está relacionada diretamente à relação de poder sobre alguém mais vulnerável, logo também está ligada à ideia de responsabilidade e à possibilidade de ser potencialmente lesivo a outros indivíduos, representando a possibilidade, ainda que mínima, de um determinado risco de lesão à outrem.

Não obstante, apesar de sua admissão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o dano ao projeto de vida não foi objeto de indenização por parte do Tribunal, tendo em vista a ausência de parâmetros para sua quantificação, face à ausência de jurisprudência anterior, perdendo a oportunidade de estabelecer precedente sobre a matéria¹⁴⁸. A própria análise dos votos já demonstrava uma ausência de consenso sobre os parâmetros a serem considerados no projeto de vida, embora em sua maioria admitindo sua existência, sem estabelecer critérios para sua admissão.

¹⁴⁵ Nesta mesma decisão, em voto dissidente, o juiz Carlos Vicente de Roux Rengifo fora o único a entender pela não configuração do dano ao projeto de vida, aduzindo em sua fundamentação que nem todo dano modifica as condições de existência do indivíduo lesado, provocando uma modificação em seus projetos pessoais, como uma “tragédia eterna”. Nesse sentido, *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*, 1998.

¹⁴⁶ SESSAREGO, Op. Cit.

¹⁴⁷ SESSAREGO, *Ibidem*.

¹⁴⁸ Crítica também realizada por FALCÓN, Candelária Araóz, 2015, p. 54.

No caso, pode-se aplicar as palavras de Paul Ricoeur¹⁴⁹, estabelecendo que a responsabilidade está contida na consideração da extensão dos poderes¹⁵⁰ exercidos pelos seres humanos sobre seus semelhantes e sobre o seu meio ambiente comum. Daí a trilogia clássica de poder-prejuízos-responsabilidade.

A medida que se estendem os poderes, também se estende a capacidade de se causar prejuízos e igualmente a responsabilidade pelos danos. Prejuízos esses muito além de danos patrimoniais, capazes de abalar os aspectos mais íntimos e peculiares do ser humano, capazes assim de abalar o pressuposto básico de poder buscar a realização de seus interesses e a obtenção de bens que lhes supram suas necessidades: sua liberdade.

Essa liberdade, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, constitui portanto, as opções ou possibilidades existenciais, sendo o conteúdo essencial do projeto de vida humano, dentro da sua formação e escolha de valores pessoais, configurado como uma expectativa razoável e acessível em um caso concreto. O dano ao projeto de vida, assim, seria uma perda de oportunidades de desenvolvimento pessoal, pela perda da autonomia, perda essa de forma irreparável ou dificilmente reparável¹⁵¹.

Com efeito, o tempo que não pôde ver seus filhos crescerem e acompanhar sua educação; o período de produção laboral como educadora interrompido, a imagem denegrida face à população de onde morava e o julgamento moral sofrido jamais poderão ser recuperados. Ademais, as possibilidades de interação com seus filhos, a possibilidade de desenvolvimento de projetos em seu emprego, bem como da possibilidade do estabelecimento de vínculos perante terceiros restou prejudicada. Como se pode perceber, todos os tipos de relações pessoais foram prejudicadas.

¹⁴⁹ RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 55.

¹⁵⁰ Nesse sentido, também é válida a aplicação da ideia da microfísica do poder em Michael Foucault, em que deixa-se a ideia primitiva de um bloco monolítico de poder para várias esferas capilarizadas na sociedade, capazes de causar danos de múltiplas origens e múltiplas facetas por conta de seu potencial de lesão. Assim, uma pessoa pode se subordinar, em uma única ocasião ou evento, a diversos poderes capazes de lhe causar vários danos. FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal. 2006. p.167-177.

¹⁵¹ Nesse sentido, é necessário distinguir do que se chama “teoria da perda de uma chance”, em que a vítima estaria inserida em um contexto de determinado procedimento aleatório, o qual foi interrompido pelo agente e que poderia representar uma vantagem para a vítima. Não configura, assim, um dano propriamente dito, mas a perda de uma possibilidade, com critérios diferenciados, bem como objeto de aplicação diferenciado.

Nesse sentido, Carlos Sessarego observa que o direito, para proteger o projeto de vida, é a orientação mais significativa ou fenomenalizada manifestação objetiva da liberdade humana, e, uma vez violado, pode propiciar o mais grave dano ao ser humano, causando-lhe um vazio existencial¹⁵².

Pode-se concluir, portanto, que foi reconhecido pela Corte Internacional uma mudança de valores, no que tange ao ressarcimento de danos. Assim como na Itália, a Corte modificou o entendimento antes calcado na esfera patrimonial do indivíduo, focando no mais importante do indivíduo, que seria “a sua esfera espiritual”.¹⁵³

1.2.2 A centralização na pessoa em seu caráter ético, humanista e existencial provocado pelo reconhecimento na Corte Interamericana dos Direitos Humanos acerca do dano ao projeto de vida

Nas palavras do juiz Antônio Cançado Trindade¹⁵⁴, “ao afirmar a personalidade e capacidade jurídicas plenas da pessoa humana, o Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui decisivamente ao resgate histórico da posição do ser humano no direito internacional”.

Assim como autores Italianos como Norberto Bobbio, para Carlos Sessarego¹⁵⁵, conhecido estudioso da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, a análise da questão do dano ao projeto de vida exige uma análise antropológica, filosófica e mesmo genética, revendo-se o próprio conceito de ser humano e de sua estrutura existencial. Deve-se conhecer cada vez mais para saber como proteger.

A questão do projeto de vida, verdadeiro fundamento relacional do direito existencial, remonta ao ano de 1985 em um Trabalho acerca do Código Civil Peruano e o sistema jurídico latino-americano em Lima, no Peru, em que se afirmava que a mais grave lesão ao ser humano é a lesão ao seu projeto de vida.¹⁵⁶

Nesse sentido, a autonomia privada desempenha papel fundamental, dado que o ser humano livre, possui meios pelos quais poderá traçar seu projeto de vida.

¹⁵² SESSAREGO, 1999.

¹⁵³ SESSAREGO, 1996.

¹⁵⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Julio Fabris Editor, 2003, p. 515-156.

¹⁵⁵ SESSAREGO, Op. Cit., p. 02.

¹⁵⁶ SESSAREGO, 1996, p. 3.

Desta forma e sob tal lógica, quanto menos liberdade, menor a possibilidade de exercer seus planejamentos ou exercer como bem lhe aprouver seus direitos fundamentais.

Em verdade, ao que a Corte Interamericana dos Direitos Humanos denomina por projeto de vida, nada mais se deduz como o próprio conteúdo do que, uma vez lesionado, poderá culminar no dano existencial.

O projeto de vida decorre da autodeterminação do ser humano, que, em estado pleno de autonomia, pode escolher o que almeja para sua vida para alcançar um projeto no futuro, sendo que, quando sua possibilidade de escolha é frustrada ou é obrigado a reformular suas escolhas pela ação de terceiros, dá-se o que se chamou de dano ao projeto de vida, que nada mais é do que o conteúdo do que neste trabalho se denomina de dano existencial.

Sessarego chega a exaltar que a liberdade é o próprio sustento da unidade psicossomática, pensamento comungado a partir de Sartre, filósofo francês existencialista que apoia a condição primordial da ação como sendo a própria liberdade, sendo por isso que somente o indivíduo pode projetar o seu futuro.

É da própria natureza humana a possibilidade de fazer escolhas livres de forma a desenvolver sua personalidade e se projetar no espaço do mundo, na sua autonomia de decidir e formar, dentro de suas possibilidades e vocações, sua identidade pessoal¹⁵⁷. A liberdade, assim, tutelada no direito como autonomia privada do sujeito, resulta de ações e exercícios que, uma vez podendo causar danos na esfera de outrem, deverá ser pautada na responsabilidade.

Na concepção do filósofo francês Jean Paul Sartre, a liberdade pressupõe cultura e reflexão necessárias, sob pena de resignação ao sofrimento¹⁵⁸. Nada mais acertado. Alguém que provoca dano à liberdade de uma pessoa, ainda que com consentimento dela, ou melhor afirmando, com um falso consentimento (uma resignação por ausência de cultura ou reflexão), terá provocado não apenas um sofrimento moral, como um dano ao projeto de vida da pessoa.

Não se pode sequer atribuir uma lógica, nesse sentido, ao projeto de vida, pois, dado que ele é projeção da liberdade do indivíduo na plenitude de sua

¹⁵⁷ SCHAFFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. **A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, jan/jun, 2013, p. 187.

¹⁵⁸ Jean-Paul Sartre. **O ser e o nada: Ensaio de ontologia fenomenológica**. 22 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 538.

existência, a qual não está submetida a qualquer lógica¹⁵⁹. Ainda que se fale no âmbito da liberdade privada, delimitada pelo direito, não há de se falar de lógica na análise das preferências e vontades de um ser humano.

A questão existencial deverá, outrossim, obedecer a lógica dentro de todo um contexto de tempo e espaço, mostrando-se concretizado por atos objetivos, não sendo um mero desejo do indivíduo. É um dano provável, logo, indenizável, para um sujeito que deverá encontrar uma nova maneira para realizar-se enquanto pessoa, podendo gerar consequências psicossomáticas e muitas vezes depressão e autodestruição¹⁶⁰.

Quando se fala em violação de um projeto de vida de um ser engajado em determinada situação e em determinada história, sua dignidade humana é violada sob todos os aspectos. Seus direitos mais básicos são vilipendiados: O direito de crer, de cultura, de viver a dignidade pelo seu bem estar, sua história, sua vida. Tudo é aviltado quando se danifica um projeto de vida.

Os direitos à vida, à integridade pessoal, o direito de ir e vir, à cultura, cotidianamente são vilipendiados pelos que pretendem muitas vezes escusar-se sob o argumento de um pseudo-progresso utilitarista por meio do discurso da modernidade, do avanço econômico do Estado na aplicação da visão universalista na sua forma mais crua: O sacrifício de uns em prol da maioria.

Nesse sentido, o posicionamento de Clifford Geertz¹⁶¹ é de grande valia, no sentido de buscar-se um intermédio em prol de restaurar o conceito de natureza humana, de mente humana. Não é meramente a análise biológica com características intrínsecas de absorver informações, mas sim a de entender rituais, ecossistemas, interpretar sequências e consequências e até mesmo comparação de línguas.

Deve-se ainda retirar-se o próprio juízo cultural, ideologias já impregnadas e fantasias que formam tantos pré-conceitos e preconceitos, que formam as ideias do que seria “natural” e do “antinatural” para cada sociedade¹⁶². Por outro lado, rejeita-se o universalismo impositivo do anti-relativismo, colocado como um preconceito etnocêntrico, uma imposição do que deveria ser considerado o melhor para toda a raça humana, incluindo a possibilidade de um utilitarismo separatista que poderia

¹⁵⁹ SARTRE, *Ibidem*, p. 541

¹⁶⁰ SCHAFER; MACHADO, 2013, p.189.

¹⁶¹ GEERTZ, Clifford. **Nova luz sobre a antropologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p.54

¹⁶² GEERTZ, 2001, p. 57

culminar em um racismo ou etnocentrismo de um requinte de crueldade equivalente ao próprio nazismo.

Deve-se ter um olhar relacionado a um determinado tempo e lugar, portanto, enquadrando-se a própria existência dentro de um contexto global, sem olvidar da questão de um determinado local com suas especificidades, formadoras das vontades e paixões humanas que impulsionam a continuidade da própria espécie.

Este, aliás, é um ponto exaltado por Sartre e Sessarego¹⁶³: a constante confusão travada entre atos de liberdade, vontade do âmbito psíquico da pessoa, bem como o apego às paixões, influenciadoras das vontades ou mesmo atitudes impensadas do ser humano.

Liberdade, pode-se inferir neste aspecto, seria a possibilidade de escolhas, a ausência de empecilhos à realização, execução ou materialização da vontade humana, que está muitas vezes sob forte influência de paixões externas. Nada poderá fugir ao psicológico e ao contexto em que se encontra inserido o ser humano, que irá refletir seu tempo e suas poses.

Nas palavras de Sartre, o estudo da vontade permitirá ir mais além na compreensão da liberdade. Esse é o mote do dano existencial: a autonomia para que alcançar o que se almeja para existir plenamente.

Isso porque a partir do momento em que um ser humano priva outro de sua esfera de liberdade por algum ato injusto, irá obstaculizar o alcance da realização de suas vontades formadoras de um projeto de vida pleno, na influência de suas paixões, de sua realização, de sua felicidade.

Liberdade, portanto, afeta a realização das vontades (decisão refletida em relação a certos fins¹⁶⁴), e sua limitação injusta poderá afetar diretamente a realização do projeto de vida. Da mesma forma, somente há vontade livre se houver reflexão. Se não houver reflexão, não haverá vontade propriamente dita, e sim uma manipulação das atitudes do outro. Provocar um indivíduo em suas paixões, em seus impulsos e necessidades prementes, desta forma, é induzir-lhe a uma atitude da consciência irrefletida, retirando-lhe a vontade, o ato voluntário, ou seja, volitivo¹⁶⁵.

¹⁶³ SARTRE, 2013, p. 545; SESSAREGO, 1996. p. 5.

¹⁶⁴ SARTRE, 2013, p. 548.

¹⁶⁵ SARTRE, Ibidem p. 557.

Retira-se da pessoa, assim, os maiores atributos do ser humano: a consciência e a vontade, privando-a de sua liberdade. Eis o dano a um projeto de vida, o dano à própria essência e existência da pessoa ser quem ela deseje ser e fazer o que ela deseje fazer, formando sua identidade, formando sua personalidade.

Projeta-se assim para o futuro, dentro da coexistência, em um determinado tempo e espaço a vontade de realização de um ser humano.

Na realidade tecnológica do século XXI, o ser humano é obrigado a se integrar em outras existências: A humana e a virtual. O frenesi de se enquadrar às exigências da vida moderna faz com que o ser humano perca sua margem de liberdade e viva paralelamente sua existência. Há de se ampliar o raio de abrangência de dano existencial, portanto, mas para isso, deve-se ter em mente a noção básica do que seria esse dano à existência do ser.

Tratar da análise abstrata dos direitos humanos, especialmente na dignidade humana e nos valores relativos a seu modo próprio de ser e existir, é tratar da formação de conceitos quase que hermeticamente fechados de modo a obstar o diálogo, visão clássica dos direitos humanos sob o pálio do conceito mais puro do universalismo puro generalizante. É a imposição do direito do mais forte sobre o mais fraco.

O Direito se faz no dia a dia, no diálogo, na apreensão de novos valores, dentro do caso concreto, dentro de um contexto, muito além de um contexto histórico como afirmado por Norberto Bobbio¹⁶⁶, mas dentro de cada situação, tempo e lugar.

Deve-se conversar com o sujeito do caso concreto e conhecer a fundo sua situação. Não se há de aplicar conceitos fechados, desconsiderando a dinâmica humana oposta ao ideal das ciências exatas cartesianas.

A lei positivada, que durante séculos foi manipulada como “a arma inerte sempre disponível tanto para a sabedoria do legislador como uma paixão do déspota”¹⁶⁷ não pode mais assim ser visualizada.

O Direito deve ser visto não como substância, mas como relação, como relação das pessoas entre si e com as coisas que constituem o “objeto” do direito, o

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁶⁷ KIRCHMANN, apud KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 97

que justamente significa que não se pode ter um sistema fechado para o mundo externo ao âmbito jurídico.

Deve-se levar em consideração que o sujeito é movido por paixões, por emoções e necessidades muito íntimas e individuais distintas uma das outras. Paralelo a isso, tais necessidades são estabelecidas com nexos e relações que devem ser juridicamente consideradas, para o suprimento de tais necessidades.

Destaca-se que o Estado internacional é clássico violador de direitos, ao mesmo tempo em que, sob a estrutura hobbesiana de Leviatã, é ao mesmo tempo legislador e garantidor dos direitos do ser humano que o compõe. Daí a necessidade do reconhecimento da liberdade do projeto existencial do ser humano, para a construção de sua obra.

Os direitos humanos assim, de maneira tautológica, mas enfática, humanizaram o direito internacional, em especial com o surgimento de órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas, para evitar a continuidade de repetição de situações atrozetas tais como ocorrera nas Américas colonizadas ou nas grandes guerras.

De toda sorte, o jurista moderno não pode, sob tal aspecto, ser reduzido à força e coação, e muito menos a força física, não importa que seja uma questão de guerra declarada ou imposições políticas, que se poderá rotular como a imposição de um “consentimento inoptável” dos sujeitos. Tampouco poderá tolerar que sujeitos privados violem tais opções de outros sujeitos privados.

Começou-se assim a se delinear a fundamentação jurídico-filosófica do dano existencial, o qual desenha-se com melhor traçado através da demonstração científica do mesmo como categoria autônoma.

Em outra situação, após o citado caso *Loayza versus Peru*, mais do que se pronunciar acerca do dano ao projeto de vida, a Corte ordenou o pagamento de determinada quantia como forma de indenização compensatória dos danos morais e dos danos ao projeto de vida como categorias autônomas para as vítimas e seus familiares, conforme se pode observar no Caso *Villagrán Morales versus Guatemala*¹⁶⁸. Não obstante, além de não aprofundar a distinção sobre o dano ao projeto de vida, quantificou de modo genérico e sem parâmetros determinados.

¹⁶⁸ Referido caso foi iniciado em 15 de setembro de 1994, tendo sua última resolução em 2009. O processo versou sobre a responsabilidade do Estado da Guatemala pela detenção

Não obstante por algumas vezes enfrentar o tema do dano existencial, e por vezes até mesmo desenvolver, ainda que não de modo profundo, a noção de dano existencial em suas sentenças de fundo, por outras ocasiões a Corte Internacional foi totalmente omissa acerca do dano existencial, ou dano ao projeto de vida, como lhe é denominado pelo Tribunal.

Exemplo que pode ser citado é o caso 12.465¹⁶⁹, a respeito do povo indígena Kichwa de Sarayaku, que teve seus direitos violados pelo Estado de Equador, que em virtude de uma série de ações e omissões, permitiu que uma empresa privada exploradora de petróleo realizasse suas atividades de exploração em seu território, causando severos danos a população local¹⁷⁰.

A proliferação da poluição, de doenças (sem o devido acompanhamento médico adequado a ser dado, o que agrava ainda mais a situação), o desrespeito à crenças milenares que fazem pessoas se desesperarem, ficarem psicologicamente abaladas por ver os sítios onde seus ancestrais repousam explodidos e implodidos, serem removidos de suas casas onde já estão habituados, serem aviltados de seus pertences – morte, fome, doenças físicas e psíquicas, perda de vasto material riquíssimo cultural muitas vezes perdido dentre essa situação feroz – tudo isso pela imposição do Estado homogeneizador que prega um discurso imperialista sob a desculpa da universalidade da dignidade da pessoa humana vista de uma forma abstrata.

Patente, portanto, foi a violação existencial daquela população indígena em seu projeto de vida. Não obstante, a Corte limitou-se a analisar seus danos materiais e morais nesse caso, condenando o Estado do Equador.

indevida e assassinato de cinco menores, considerados como meninos em situação de risco que habitavam as ruas. A Corte considerou que toda criança tem direito a um projeto de vida, o qual foi interrompido pela morte precoce, além da tortura impingida aos menores. Nesse sentido, FALCÓN, Candelaria Aráoz, 2015, p. 62; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. San Jose: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=321> Acesso em abr. 2017.

¹⁶⁹ Referido caso foi estudado na disciplina obrigatória Teoria Geral dos Direitos Humanos no segundo semestre de 2013 na Universidade Federal do Pará.

¹⁷⁰ COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ***Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso 12.465) contra Ecuador.*** Disponível em <<http://www.cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf>> Acesso em 12 fev 2016.

Nesse sentido, há de se ressaltar o alerta de Cançado Trindade¹⁷¹, que, apesar de ser um grande entusiasta dos direitos humanos, salienta que ainda há países (tais quais o Equador no presente caso), que mesmo ratificando os tratados de direitos humanos e até mesmo possuindo legislação interna no sentido de uma garantia formal dos mesmos, não possuem plena consciência da natureza e alcance das obrigações convencionais que são contraídas em matéria de proteção de direitos e realização da dignidade humana.

A matéria está longe de ser uniformizada, necessitando, portanto, de uma unificação, em especial no território brasileiro, conforme será analisado adiante.

Desta forma, passa-se à análise dos pressupostos e critérios utilizados para a separação da essência e conseqüente categorização do dano existencial, cuja nomenclatura já está sendo utilizada, muito embora sem qualquer parâmetro para sua aplicação, pelos Tribunais brasileiros, que sequer buscam as fontes do que seria o dano existencial, utilizando-se da escassa doutrina existente no país.

¹⁷¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.). **60 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquista do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

2. CONCEITUAÇÃO E AUTONOMIA DO DANO EXISTENCIAL NO BRASIL: Do conceito de dano existencial e sua autonomia como categoria jurídica

Nesta seção, passar-se-á à configuração fundamentada do dano existencial como categoria jurídica autônoma, apresentando-se o lastro teórico fundante, bem como os critérios estabelecidos, capazes de demonstrar características e princípios próprios inerentes ao dano existencial como uma das espécies contidas no gênero de danos extrapatrimoniais, juntamente com o dano moral e o já reconhecido no Brasil, o dano estético.

Refuta-se, assim, a doutrina tradicional, que identifica os danos extrapatrimoniais genericamente como o dano exclusivamente moral, tal como ocorre com Rui Stoco, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Rodolfo Pamplona, dentre outros.

Tal posicionamento é patentemente superficial, desconsiderando inclusive outros danos fora da lógica patrimonial, tais como o dano ambiental, o dano coletivo, o dano estético e o objeto do presente trabalho, o dano existencial.

Destaca-se que, nas últimas décadas, reconheceu-se que o próprio estudo do dano necessita ser reconfigurado, especialmente visualizado como violação a deveres jurídicos o qual viola categorias de bens e interesses fundamentais próprios de cada violação.

Considera-se que, antes de se cogitar em um direito, deve-se verificar que há um interesse humano a ser garantido, uma necessidade humana a qual justifique a tutela do direito em relação a um bem que satisfaça a necessidade humana, para que possa perseguir sua felicidade, como por exemplo, a integridade física.

A fundamentação e demonstração do dano existencial como categoria jurídica autônoma confere a possibilidade de formação de um conceito que poderá ser utilizado da maneira mais correta no ordenamento jurídico brasileiro para atingir a finalidade de proteção integral ao ser humano.

Como se pode deduzir, não se pode reduzir o estudo do direito de danos a afirmações sem qualquer base ou fundamentação jus-filosófica. É com este mesmo olhar que se pode discutir acerca de uma nova classificação no estudo dos danos, sendo que os extrapatrimoniais deverão ser analisados sob um novo ponto de vista, qual seja, da perspectiva transdisciplinar.

Não há de se sustentar em qualquer garantia existencial do ser humano sem essa nova perspectiva, que vai muito além de diálogo de fontes entre os próprios ramos do direito, transcendendo suas barreiras e buscando fundamentação na filosofia, e mesmo nas áreas biológicas, estendendo-se a diversos ramos de conhecimento e para o próprio ser humano.

A vida digna tornou-se conteúdo fundamental dos ordenamentos modernos, tal qual o brasileiro, não bastando apenas sobreviver, devendo-se assegurar que a vida seja experimentada em sua dimensão plena e digna, como qualidade inerente à condição do homem enquanto ser universal¹⁷², analisando-se os seus mais diversos graus de complexidade.

Destaca-se, nesse sentido, que, nas palavras de Fritjof Capra e Pier Luigi Luisi¹⁷³, nem as formulações matemáticas nem os resultados quantitativos são componentes essenciais do método científico, sendo que até mesmo a teoria mais aceita poderá ser derrubada quando evidências contraditórias vem à luz.

Assim, pela complexidade da própria vida humana, reconhecida ao longo da história da humanidade, observou-se um verdadeiro pêndulo oscilando entre o mecanicismo matemático de ideal exato e lógico e o holismo da era moderna, onde muito se observa a complexidade como um todo do ser humano¹⁷⁴, como uma grande rede.

Pode-se deduzir, portanto, que quanto mais complexo o objeto, mais difícil será a sua verificação, e a própria lógica não poderá ter apenas um único caminho de pensamento e, nesse sentido, a argumentação desempenha um papel extremamente importante dentro dos novos horizontes do Direito, ampliando a quantidade de conteúdo a ser analisado e com isso as possibilidades de realização da dignidade de cada um dos indivíduos que compõe a sociedade.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁵, seja pelo significativo desenvolvimento dos direitos da personalidade, seja pelas vicissitudes inerentes a um instituto que só recentemente tem recebido aplicação mais intensa, é observada

¹⁷² ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (coord). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Forum, 2004, p, 11

¹⁷³ CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. Trad. Mayra Teruya Eichenberg e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014, p. 24-25.

¹⁷⁴ CAPRA,; LUISI, Ibidem, p. 27-32.

¹⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 165.

por parte da doutrina uma extensa ampliação do rol das hipóteses de dano, inadvertidamente confundidas com o dano moral, que ao mesmo tempo passa a excluir da possibilidade de responsabilidade meros aborrecimentos do cotidiano.

Por outro lado, tal ampliação não poderá ocorrer sem qualquer critério de categorização cabalmente demonstrada. É certo de que a criação despida de critérios pela doutrina e jurisprudência sobre a temática dos danos sem o devido aporte teórico e lastro filosófico descamba para o que Rodolfo Pamplona e Luiz Carlos Andrade Junior acusam da criação de uma verdadeira “torre de babel”, ressaltando que a Constituição da República de 1988 apenas reconheceu em seu artigo 5º, V, os danos materiais, morais e à imagem¹⁷⁶.

Destaca-se, primeiramente, que esta proteção ao conteúdo filosófico-existencial do ser humano nada mais é do que parte do sistema de proteção integral da pessoa, diretamente ligado ao postulado da dignidade da pessoa humana, integrado em uma visão holística.

Ocorre que indenização semanticamente significa tornar indene, ou seja, sem a presença do dano como tentativa de sua reparação integral, tentativa essa frustrada quando se trata da tutela dos interesses dos indivíduos, que possuem dignidade, algo que não se pode palpar.

Não se pode esquecer que o binômio direito público e direito privado passou a ter total regência pelo ordenamento constitucional, de caráter garantista do indivíduo

¹⁷⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JUNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. **A torre de babel das novas adjetivações do dano**. Direito Unifacs: Salvador. n 176, 2015. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3477/2491>> Acesso em: 21 ago. 2015. Aqui é importante ressaltar que os autores Cristiano Farias, Felipe Netto e Nelson Rosenvald, ainda que em sua obra se inclinam no sentido de que o dano existencial nada mais seria do que uma faceta do dano moral, exaltam que o critério de seleção dos danos deve abarcar outros interesses, em virtude de circunstâncias indicadas pontualmente, abolindo-se o dogma da completude da norma, sendo que a cláusula geral seria essencial para se adequar às necessidades e valores da sociedade, podendo-se deduzir, portanto, que se trata de uma norma não tipificadora, que aceita a construção de categorias diferenciadas de danos a serem indenizáveis. FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-232. Destaca-se ainda que tal linha de pensamento erroneamente alimentou o mito da chamada “indústria do dano moral”. Nas palavras de Pastora Leal, “não há indústria sem matéria prima”. Ora, uma vez que há obscuridade acerca do bem juridicamente tutelado a partir de um dano extrapatrimonial, bem como uma ausência de esforços teóricos e praxistas acerca do viés inibitório sobre o dano, ao invés do viés repressivo, muitas pessoas e mesmo profissionais do direito aproveitam-se e aplicam egoisticamente a compensação sobre os danos extrapatrimoniais. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Aula ministrada na Universidade da Amazônia em 15 de fevereiro de 2017.

enquanto ser humano e sua dignidade, fazendo com que o ordenamento passasse de uma lógica econômica da propriedade para a da existência.

Aliás, de extremo interesse no direito privado contemporâneo, de viés constitucional garantidor dos direitos fundamentais, o tema dos danos extrapatrimoniais agigantou-se a ponto de clamar por uma total releitura com base em uma revisão de conceitos de modo a se conformar com o personalismo ético do século XXI.

Aqui reside, portanto, a necessidade da adoção da matriz teórica fundada nas bases do existencialismo, partindo-se do princípio de que todo ser humano é muito mais do que um sujeito pensante, mas um universo de sentimentos e experiências de um indivíduo e sua relação com o mundo físico.

O ser humano, sob tal prisma é matéria, alma e psiquê, constituído de vontades e paixões que o impulsionam a ter *animus* de viver, o que necessita de ampla proteção de olhar transdisciplinar, do ponto de vista médico, psicológico, e essencialmente, jurídico.

Não se pode olvidar ainda que é justamente no direito privado que se encontram as categorias jurídicas regidas por outros ramos do direito, de forma que sua constitucionalização formou um ciclo maior de proteção. O direito privado surgiu para limitar o Poder Público, que por sua vez, após as atrocidades observadas após a Segunda Guerra Mundial, constitucionalizou os direitos da personalidade transformando-os em direitos fundamentais, que por sua vez hoje limitam o Poder Público.

A questão da análise existencial desenvolvida desde Kierkegaard permeia e instiga as questões jurídicas desde a reconciliação do direito com a moral, a ética e principalmente, com a condição humana e sua relação com a existência concreta do indivíduo.¹⁷⁷ É a óptica do indivíduo responsável por conceder significado a sua própria vida, buscar seus interesses e significados de existência em prol de sua felicidade.

Ocorre que, nos dizeres de Hanna Arendt, o mundo, como artifício humano, separa a existência do homem do ambiente animal, não obstante a própria vida ainda esteja vinculada a esse mesmo ambiente, interligando o homem a todo o ambiente e a todos os seres vivos que nele pairam. O mesmo desejo de fugir dessa

¹⁷⁷ PENHA, João da. **O que é existencialismo**. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 19.

prisão criada é o mesmo desejo de aprisionar-se, quando tenta criar humanos superiores e vida além do limite de cem anos. O conflito interno instala-se como nunca havia sido suscitado outrora.¹⁷⁸

Isso porque a condição humana somente se verifica em sociedade, sendo o homem sozinho um mero animal. A partir da lógica aristotélica, o homem isoladamente é composto de alma e corpo, razão, desejos e vontades.¹⁷⁹ A condição humana, dentro da existência do ser humano, por outro lado, dá-se em sociedade, o indivíduo em convivência com outros indivíduos, daí que falar-se em pessoa humana é pressupor a condição de humanidade. O direito tutelado pelo dano existencial, por esse viés, tutela os direitos humanos mais básicos.

Nesse contexto, o patrimônio deixa de ser a fonte única do estudo acerca dos danos indenizáveis, passando a dignidade da pessoa humana a ser a fonte que supre o direito de danos, sendo vulnerável a qualquer ato que possa malferi-la. O ser humano, como ente moral e existencial, e não somente sua projeção patrimonial, passa a ser tutelado e passível de proteção.

Mais do que isso, conforme já alegado outrora, a dignidade da pessoa humana não constitui um mero número de bens juridicamente tutelados, mas todo um universo de interesses personalíssimos que abarcam, dentre outros, a moral, a honra, a igualdade, a identidade, a vida, a integridade física, psíquica, dentre outros, de forma a descoisificar o sujeito de direito, aplicando o conceito jurídico de dignidade.

Na verdade, a dignidade humana bem como o direito de liberdade como reverso da responsabilidade são pressupostos do exercício regular dos demais direitos, dado que através dela é que se projetam os interesses personalíssimos.

A própria humanidade reside no fato dos seres humanos serem racionais, portanto, pelo seu direito de escolha, dotados de livre arbítrio e com capacidade de livre interação, sendo desumano tudo aquilo que possa reduzir desarrazoadamente a autonomia privada de cada indivíduo.¹⁸⁰

Desta forma, o dano existencial é o dano que se pode aferir quando se priva o ser humano da escolha dentro do âmbito de sua autonomia privada, tal como ocorre,

¹⁷⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009a, p. 10.

¹⁷⁹ ARISTÓTELES. **Política**. Trad.Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 83

¹⁸⁰ No mesmo sentido, MORAES, 2003, p.85.

exemplificadamente, em relação ao trabalho análogo à condição de escravo na contemporaneidade.

Conforme o entendimento de Perces Barba¹⁸¹, a pessoa humana é concebida como um ser caracterizado por sua liberdade e por sua razão. Portanto, a dignidade humana exige que se respeitem as decisões pessoais, o projeto de vida eleito na vida de uma pessoa, bem como suas manifestações de pensamento e vontade, sempre exercidos na medida em que não prejudique ou ofenda direitos ou interesses de terceiros.

Nesse sentido, o projeto de vida não configura um direito, mas sim um interesse ou necessidade de qualquer ser humano tuteladas pelo direito. Seria a escolha do que vestir, sobre a forma de usar os cabelos, sobre as escolhas de relações amorosas e de amizade¹⁸². São exemplos muito simples, mas que fazem parte da existência de qualquer pessoa.

O direito apenas interfere quando há um prejuízo ou ameaça de prejuízo a bens e interesses. Portanto, interfere quando viola o projeto de vida do indivíduo, o que é totalmente apartado da lógica econômica patrimonial.

Destarte, pode-se evidenciar uma ruptura com o sistema tradicional da responsabilidade civil vista sob a óptica bifronte e de difícil intelecção tradicionalmente embasada na incipiente separação dual dos danos patrimoniais e morais.

É justamente sobre esse ponto que se pode verificar as múltiplas facetas do dano, as quais podem ser de várias formas, resultados de um único evento danoso.

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a evolução em nível mundial do resgate do ser humano em seu ponto de vista personalíssimo e ético, não apenas como mero produtor de riquezas, mas pelo valor que resgata em si próprio, pode-se verificar que há muito mais projeções a serem analisadas, sejam de ordem material, sejam de ordem existencial.

Com efeito, hoje a vida humana é compreendida em uma forma como nunca fora anteriormente, em seu aspecto psicológico, universal, fruto de sua história, traumas, enfermidades mentais, antes tratados como meras fatalidades. Saúde passa a não ser mais considerada como meramente a ausência de uma

¹⁸¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoria general**. Madri: Eudema, 1991, p. 61

¹⁸² LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Aula ministrada na Universidade da Amazônia no dia 15 de fevereiro de 2017.

enfermidade. As exigências de integração psicológica forçam o homem a possuir vida e reputação física e mesmo virtual¹⁸³.

O homem passa a ser enxergado como ser existente e simbiote com toda a sociedade, sendo que a própria produção necessita de sua existência. Mas uma existência digna para que se possa dizer produtiva.

Pode-se aduzir, assim, que ocasionalmente um indivíduo injustamente deixado tetraplégico poderá gerar maiores danos do que se infortunadamente o evento o tivesse ceifado sua vida. Sua família fica mobilizada, não apenas gerando sofrimento e dor física e psíquica, mas modificando todo o modo de viver, investimentos, dentre outros desvios do projeto de vida sofridos.

Mais do que produtor de bens econômicos, o homem deve existir, deve estar pleno, atendido em suas necessidades. Daí que deve ter oportunidades para a satisfação dos bens de que necessita, para daí dizer que possui condições de bem produzir.

Caminha-se, conforme as palavras do mestre italiano Pietro Perlingieri, para a superação da patrimonialidade, adequando-se novos valores, passando-se da jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma jurisprudência atenta aos valores existenciais.¹⁸⁴

Necessita-se, acima de tudo, reconhecer outras espécies de dano que não o dano meramente patrimonial, bem como distinguir o dano moral de outras modalidades de danos às pessoas. Distinguem-se assim os danos patrimoniais dos imateriais, também conhecidos na doutrina e na jurisprudência como danos extrapatrimoniais, os quais são abarcados pela noção geral de danos injustos¹⁸⁵ que

¹⁸³ Nesse sentido, FELIZARDO, Aloma Ribeiro. **Cyberbullying: difamação na velocidade da luz**. São Paulo: Willem Books, 2010, p. 17.

¹⁸⁴ PERLINGIERI, 2007.p. 33

¹⁸⁵ Remontando aqui à noção aristotélica de que justiça é dar às pessoas o que elas mereçam, devendo-se estabelecer quais virtudes são dignas de honra e recompensa, não podendo a lei ser neutra no que tange à qualidade de vida. Ainda que se aplique a visão de Kant ou Neokantiana de John Hawls, em que o sujeito deve ter liberdade para escolher a concepção do que seria uma vida de qualidade para si, não se deve perder de vista que o Estado deverá adotar uma postura garantista, fazendo com que seu ordenamento jurídico garanta os meios adequados refreando o poder privado. A primeira visão prima pela virtude, enquanto a segunda prima pela liberdade. Nesse sentido, na visão de Michael Sandel, ambas possuem pontos fortes e fracos a serem trabalhados, com o objetivo de evitar conclusões equivocadas. SANDEL, Michael J., 2016, p. 17-18.

afetam a parte espiritual e existencial de uma pessoa, não possuindo apreciação em dinheiro, diversa das coisas materiais.¹⁸⁶

Deve-se abandonar, assim, a noção de dano como a ocasião de percepção material. Assim, se uma pessoa foi atropelada e perde uma bicicleta, fácil é deduzir seu valor monetário para ressarcir-lo. Não obstante, se menos afortunado, ficará impossibilitado de trabalhar e prover seu sustento mínimo para que possa escolher os bens para suprir suas necessidades¹⁸⁷.

O reconhecimento de tais direitos se torna cada vez mais necessário no cotidiano pós-moderno, dadas as infindáveis modalidades lesivas ao ser humano que surgem no contexto capitalista, bem como face ao esvaziamento do Estado em seus deveres e da insuficiência de sua função preventiva, somente restando como mecanismo de proteção ao ser humano o aparecimento da pretensão à reparação dos danos causados.

Nesse sentido, destaca-se que há muito mais o que se pensar sobre a dinâmica do dano, como a questão do dano projetado no tempo, algo que não salta aos olhos humanos. Por outro lado, trata-se de algo que jamais poderá ser restituído à vítima, ao mesmo tempo que não se pode deixar sem qualquer forma de compensação. Novos parâmetros devem ser discutidos, portanto.

Gera-se insegurança jurídica em não se querer admitir tal evolução, criando-se um “corpo estranho e deformado ao se insistir em justificar atitudes punitivo-preventivas por meio da simples reparação do dano moral, verdadeira válvula de escape”.¹⁸⁸

De acordo com Antônio Santos¹⁸⁹, a personalidade apresenta-se multifacetada em seus diversos aspectos e maneiras de ser do homem, sendo rica e complexa, e por este motivo, qualquer aspecto da pessoa deve merecer a resposta do direito.

Por este mesmo motivo, não se pode reduzir os danos a serem reparados unicamente a patrimoniais e morais. A complexidade da compreensão dos danos e a

¹⁸⁶ Escassa ainda é no Brasil a teoria acerca dos danos imateriais, não patrimoniais ou extrapatrimoniais, caracterizados como danos à personalidade, consistentes em violação dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, tal como se pode extrair da obra de SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 127.

¹⁸⁷ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Aula ministrada na Universidade da Amazônia no dia 15 de fevereiro de 2017.

¹⁸⁸ LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4-5.

¹⁸⁹ SANTOS. 2015, p. 22.

sistemática correta de repará-los deve ser vista com o mesmo olhar: à luz do pensamento complexo.¹⁹⁰

Assim, é inegável a influência dos existencialistas em relação ao reconhecimento da liberdade humana como fator de autorrealização para sua própria felicidade, distinguindo a pessoa dos demais seres vivos.

O próprio direito à existência digna exige a proteção ampla contra qualquer dano injusto causado a qualquer bem, moral ou patrimonial, ou mesmo interesse da pessoa humana. Nesse sentido, deve-se aprofundar dentro do âmbito dos direitos existenciais, o conceito do que seria essa existência digna, dado que um dano existencial feriria frontalmente a mesma¹⁹¹.

De acordo com Pietro Perlingieri¹⁹² em relação a cláusula geral de tutela da pessoa humana, o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipificados pelos artigos da Constituição, sendo seu rol, portanto, meramente exemplificativo. O objeto de tutela é a pessoa, devendo-se reconhecer a especial natureza do interesse, valor ou bem juridicamente protegido.

Desta forma, se um ato jurídico atinge determinada pessoa, impingindo-lhe mal em detrimento ao seu patrimônio ou mesmo aos direitos inerentes a sua personalidade, pode-se dizer que se está diante de um dano patrimonial e um dano extrapatrimonial respectivamente. A liberdade tem, assim, seu limite na

¹⁹⁰ O filósofo do conhecido como pensamento complexo, Edgar Morin, defende a importância do pensamento transdisciplinar, ecologizado, relacional, contextualizado, transcendente em relação a ilação de diferentes saberes ou dimensões da vida – abertura de mentes, escutas mais sensíveis, responsabilidade solidária para a transformação do ser humano e do seu próprio meio. Para isso, atribui o método dialógico, criativo, reflexivo e democrático, viabilizando a passagem do saber – e não o mero conhecimento – através das diversas práticas de repassagem de ensino (não parece adequado reduzir apenas para a pedagogia), fundadas na solidariedade, na ética, na paz e na justiça social, embasada na compreensão da condição humana e na cidadania, para a solução de crises sociais em seus mais amplos aspectos, políticas, econômicas e ambientais que colocam em risco a vida no planeta. MORIN, Edgar. A articulação dos saberes. In: **Os sete saberes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 27-74.

¹⁹¹ A expressão “dano injusto” possui origem italiana, sendo indenizável uma vez que envolve conflito de interesses relacionados diretamente com os direitos fundamentais, tais como vida, propriedade, dentre outros. Também se destaca como dano injusto como o dano o qual a vítima não pode assumir responsabilidade pelos resultados, de acordo com o ordenamento jurídico. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Aula ministrada na Universidade da Amazônia em 15 de fevereiro de 2017.

¹⁹² PERLINGIERI, 2007, p. 155.

responsabilidade para com os danos que se cause ou mesmo que potencialmente possa causar a um terceiro.¹⁹³

Isso porque, em tempos de agigantamento do poder privado, não há de se negar a possibilidade de intervenção e eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas. Fala-se assim de publicização do direito privado, após todas as conquistas dos direitos fundamentais ao longo de suas gerações¹⁹⁴.

Não se há de olvidar que o Direito Privado possui verdadeiro caráter instrumental enquanto ferramenta jurídica, em especial como forma de acesso ao trabalho, à justiça, a bens primários, à liberdade para se alcançar bens secundários, ao mercado, acesso ao consumo, à reparação de danos¹⁹⁵. Todos formam, em conjunto, um complexo sistema de proteção aos sujeitos de direito privado, corporificados no caso concreto sobre os interesses dos indivíduos.

Pode-se perceber, portanto, que o próprio reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais perante os sujeitos de direito privado no Brasil já delimita as ações danosas de um indivíduo, que deve respeitar os direitos fundamentais para com outro indivíduo.

O próprio Direito Privado é um limite ao poder, seja na forma de macropoder ou micropoderes capilarizados na sociedade¹⁹⁶. É o limite ao potencial lesivo que causa sujeição de outros indivíduos, como uma forma de freios e contrapesos.

¹⁹³ Nesse sentido, acerca dos ato-fatos como fatos jurídicos qualificados pela conduta humana, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte geral. 2 ed. Rev e At. T2. Campinas: Bookseller, 2000, p. 421-422

¹⁹⁴ Nesse sentido, no âmbito da doutrina nacional, TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Problemas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; SARMENTO, Daniel. **Direitos humanos e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e no âmbito da doutrina estrangeira, UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997.

¹⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87-104.

¹⁹⁶ Corroborando o pensamento de Michael Foucault, as relações de interesse e poder são muito mais complexas do que se possa imaginar de modo superficial. São relações “orgânicas”, tal qual ocorre em relação ao Estado perante os indivíduos, como pode se apresentar de forma “molecular”, como ocorre em relação a grupos de indivíduos em relação a outros grupos, como pode ser “atomizada” em relação entre indivíduos. FOUCAULT, 2002, p. 77. Abandona-se, assim, a noção de poder Hobbesiana concebida na falácia liberal, concentrada unicamente nas mãos soberanas do Estado, admitindo-se a possibilidade de poder, sujeição e lesão advinda de um único indivíduo, sujeito de direito privado, em relação a outros indivíduos. Desta forma, não existiria o poder privado, mas sim os poderes privados em uma grande simbiose a ser tutelada pelo direito.

Quanto mais poderes, maior necessidade de outros meios de controle e limitação¹⁹⁷, devidamente estudados e debatidos em suas raízes e pensados na melhor maneira de serem aplicados.

Mais que isso, o Direito Privado é uma proteção do próprio indivíduo não apenas para com o Estado, mas sim para com outros indivíduos. Enlaça-se, assim, o Direito Público, lastreando sua teoria nos direitos humanos e fundamentais, e o Direito Privado com os direitos personalíssimos¹⁹⁸. Desta forma, todos os mecanismos de proteção devem ser abertos para que se possa alcançar a máxima da proteção integral do ser humano em sua dignidade.

Deve-se ter em foco ainda que os “novos direitos”, relacionados à qualidade de vida, bem como o direito à diversidade e ao desenvolvimento¹⁹⁹ devem ser levados em consideração quando se analisa o projeto de vida de um indivíduo, o qual deve ser respeitar em seu aspecto de liberdade e realização dos direitos de personalidade.

2.1 PREMISSAS BÁSICAS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA E SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA SOBRE A CATEGORIZAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

Como primeira premissa, impende-se distinguir o dano patrimonial do dano extrapatrimonial, atentando para a despatrimonialização do conteúdo privatístico no Brasil, tal qual ocorreu no Estado Italiano, berço da teoria do dano existencial. Quando a doutrina clássica opta por definir o dano como ofensa a um bem jurídico, ainda que destacando ausência de conteúdo patrimonial, extrai-se um conceito extremamente restrito. Há de se falar em novos danos a objetos jurídicos.

Em verdade, a noção de patrimônio, em uma tentativa voraz de alargar o conteúdo da tutela jurídica para uma transcendência de cunho pessoal acabou por englobar também todo o conjunto de interesses que compõem a existência do ser humano, que seria composta por seus bens materiais (tangíveis no mundo material) e patrimoniais (seguidos pela lógica econômica) e seus bens imateriais (não tangíveis no mundo material embora juridicamente considerados e mesmo aferidos

¹⁹⁷ LORENZETTI, 1998, p. 120.

¹⁹⁸ LORENZETTI, *Ibidem*, p. 137.

¹⁹⁹ LORENZETTI, *Op. Cit.*, p. 154-155.

economicamente) e extrapatrimoniais (fora da noção clássica econômica para garantia do mínimo existencial).

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, o dano não foi expressamente conceituado, conferindo à responsabilidade civil status de cláusula geral, bem como estabeleceu conceitos jurídicos indeterminados, tais como risco e dano. Dano, assim por dizer, pela doutrina contemporânea, é um fato jurídico *stricto sensu*, ligado a um ato humano, intencional ou não, lícito ou ilícito ou mesmo fatos da natureza²⁰⁰.

O foco da responsabilidade civil no que tange aos danos indenizáveis, não é propriamente em relação aos danos provocados por seres humanos, podendo ser objeto de reparação por contrato de seguro em danos causados por caso fortuito ou força maior.

Há, portanto, uma noção física e outra jurídica de dano, sendo a primeira embasada puramente na concepção naturalista, como dano a um determinado bem de valor econômico, direcionado aos aspectos patrimoniais. Não obstante, o seu conceito jurídico abarca a noção de interesse, aspecto extremamente importante na determinação da extensão do dano que alguém seja obrigado a indenizar²⁰¹.

De acordo com Sérgio Severo²⁰², danos patrimoniais são os que atingem direta ou indiretamente o patrimônio da vítima, os quais podem ser convertidos em indenização pelos equivalentes somados às perdas e danos com determinada precisão, conforme se pode deduzir do artigo 402 do Código Civil Brasileiro, que divide os danos patrimoniais em dano emergente e lucros cessantes.

De outro lado, extrapatrimoniais ou não patrimoniais seriam os danos que não possuiriam tal expressão econômica, e por conta disso, são de mensuração de maior complexidade, subdividindo-se em objetivos (em relação à vítima e seu meio social, tais como o dano à imagem e o dano existencial sendo uma afronta direta aos direitos da personalidade e portanto, possuem faceta *in re ipsa*) e subjetivos (em relação a intimidade psíquica do indivíduo, causando dor física e psicológica, como no caso do dano moral puro).²⁰³

O autor Sérgio Severo ainda explicita que tais danos extrapatrimoniais ainda podem ser divididos em danos à personalidade por afronta aos princípios da

²⁰⁰ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 229-230.

²⁰¹ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *Ibidem*, p. 230.

²⁰² SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39-40.

²⁰³ REALE apud SEVERO, *Ibidem*, p. 44

personalidade e danos à integridade física, sendo os danos morais *stricto sensu*, relacionados ao corpóreo e o estético.²⁰⁴

A própria noção do conceito de dano, portanto, evoluiu, dado que ao longo de anos fora visualizado como uma diminuição patrimonial, passando a ser considerado como qualquer lesão a um determinado bem jurídico²⁰⁵, considerando como bem jurídico coisas de caráter patrimonial e não patrimonial, corpóreas ou incorpóreas, tais como liberdade, honra e vida²⁰⁶, os direitos da personalidade – que por sua vez têm seu conteúdo determinado no rol de direitos fundamentais do ser humano.

Quando se aborda o direito de danos, pode-se perceber que há uma tendência de humanização, dado constituir uma “lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”²⁰⁷. De acordo com Daniel Ustárroz²⁰⁸

A sua análise globalizada indica uma nítida tendência, no sentido do reconhecimento do valor da pessoa, no centro do ordenamento e a valorização das instituições jurídicas pela sua projeção social. Em outras palavras, a promoção das pessoas passa a ser um dos principais alvos do sistema.

Sob esse aspecto, as normas brasileiras, sejam elas regras ou princípios, seguem hodiernamente os paradigmas de eticidade, socialidade e operabilidade. Assim, danos lícitos ou ilícitos são tutelados pela lei, de forma a coadunar os paradigmas do Direito Privado no contexto pós-positivista, de modo a conferir unidade e coerência ao ordenamento jurídico, tal como preconizado por Ronald Dworkin.²⁰⁹

Para Carlos Alberto da Mota Pinto e José Joaquim Gomes Canotilho²¹⁰, a indenização por um ato lícito, assim como por ato ilícito é cabível, ainda que excepcionalmente, dada uma compensação de um sacrifício de um interesse menos valorado na composição de um conflito teleológico, não se podendo falar na

²⁰⁴ SEVERO, 1996, p. 127

²⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

²⁰⁶ AZEVEDO, Alvaro Vilaça. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 133.

²⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson, 2015, p. 232.

²⁰⁸ USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 76.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

²¹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, 2000. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 1974. Apud USTÁRROZ, 2013, p. 111.

prevalência absoluta de um interesse oposto, sendo portanto, um dano injusto. Ademais, seria uma grave ruptura dos princípios constitucionais, violando sempre o interesse público.

Deve-se, antes de tudo, analisar a natureza jurídica dos institutos e bens envolvidos, bem como identificar o conteúdo atingido e sua finalidade ínsita. Partindo-se do princípio de que o ser humano interfere na esfera de outro, podendo ocasionalmente causar uma lesão ou ameaça a outro ser humano em relação ao que seria tutelado pelo Direito, compete a ele formar mecanismos de defesa para o que seria objeto de tutela, por meio da escolha do próprio sistema jurídico.

Desta forma, há a existência de determinados institutos amealhados pelo Direito para que sejam objeto de tutela e, acaso ameaçados ou lesionados, possam ser compensados, desestimulados ou mesmo reparados. Seria uma proteção contra danos ou ameaça de danos a bens ou interesses juridicamente tutelados, mas categoricamente distintos.

Assim, no tocante à categorização, há de se destacar a lição de Aristóteles, em *Órganon*²¹¹, onde destaca que muitas vezes são atribuídas palavras iguais, ou seja, homônimas, à essências distintas, em especial quanto aos sujeitos e às consequências das relações analisadas nas aplicações de casos, ao que o filósofo chama de predicação.

Categorias, portanto, carregam consigo a aplicação de critérios a serem observados, dentre eles a substância ou fundamentação da essência, quantidade, qualidade, correlativos e graus de relação. O dano existencial, antes de ser conceituado, deverá assim, ser categorizado através de critérios próprios, que nesse caso específico será o do isolamento do objeto pela natureza do bem jurídico violado²¹², bem como o da aplicabilidade da teoria da lógica do ressarcimento.

²¹¹ ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad. Edson Bini. 2 ed. Bauru: Edipro, 2010, p. 39-67. Para Aristóteles, a categorização perpassa pela exclusão das impossibilidades sobre um determinado evento. O ponto problemático é a contigência sobre o que seria possível para que se possa extrair a substância entre a causalidade e o resultado final. Transforma-se assim a causalidade em probabilidade, sobre o que se possa ser previsível ou mais provável sobre a vida de um ser humano. A categorização do dano existencial, nesse sentido, levaria em consideração a probabilidade do projeto de vida do indivíduo dentro do plano ao qual inserido, não podendo ficar jungido a uma lógica estanque e sujeita a tabelamento, tal como ocorre com o dano moral.

²¹² Nesse sentido, genericamente quanto aos critérios de classificação dos danos, BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria Geral do Dano*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75. Embora o autor dê como sinônimo o dano extrapatrimonial como simplesmente o dano moral, apresenta genericamente os critérios adotados para a distinção e classificação dos danos,

Os conteúdos dos direitos fundamentais, muito mais do que direitos da personalidade, veiculam direitos de existência mínima que devem ser respeitados pelos próprios sujeitos de direito privado. O dano é configurado a partir de atos jurídicos, com a participação do ser humano, analisado no tempo e espaço ao qual inserido.

Não se pode mencionar a indenização por dano injusto propriamente dita quando o fato que causa uma noção de dor ou incapacidade adveio da natureza, sem uma causa modificativa.

Em relação à responsabilidade civil aquiliana, uma mulher nascida infértil ou esterilizada em decorrência natural por um tratamento gravíssimo de câncer para salvar sua vida não teria como pleitear uma indenização, ao contrário de uma mulher que foi esterilizada por um tratamento terapêutico procedido de forma equivocada. A questão da análise é a injustiça do ato tutelado pelo direito que fora praticado.

Cabe gizar que, conforme deduzido acima, o dano existencial poderá ser oriundo de um ato ilícito como também de um ato lícito, mas que forjado através da injustiça, seria indenizável, dado que atinge o objeto escolhido pelo direito para ser devidamente tutelado.

De toda sorte, quanto ao critério de análise da essência, o dano existencial possui características próprias, uma vez que não configura, no âmbito dos danos extrapatrimoniais, como um dano de natureza transitória tal qual o dano moral, mas sim uma verdadeira permanência do dano modificando o modo de vida de uma pessoa que já demonstrava objetivamente seu projeto de vida, de modo a não configurar a perda de uma chance hipotética, mas um verdadeiro dano ao seu modo de viver²¹³.

Nos requisitos de quantidade e qualidade, apenas se poderá aferir o dano existencial no caso concreto, analisando-se caso a caso a situação de cada um dos

como, por exemplo, quanto à justiça, quanto à patrimonialidade, quanto à culpa, quanto à extensão etc.

²¹³ Adotada na doutrina francesa, esta teoria é espécie do gênero “dano futuro”, teoria essa já aplicada e debatida no Brasil, como verificação da retirada de chances certas e reais de uma pessoa, como a não entrega de uma carta a um indivíduo que definiria sua posse no serviço público ou vinculação de emprego. Na verdade, por se tratar de restrição aos interesses do indivíduo, poder-se-ia configurar como dano existencial e não a perda de uma chance. Portanto, não há de se falar em possível confusão entre o conceito de dano existencial e mencionada teoria. Sobre a perda de uma chance, SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea: Em homenagem a Silvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 150-52.

indivíduos que venham a requerer tutela do Estado para lesão ou ameaça de seus bens ou interesses fundamentais, impedindo-o de estabelecer ou manter suas relações de interesse e necessidade.

Isso porque o modo de viver, o projeto de vida de uma pessoa que goza livremente de seus direitos fundamentais formadores do conteúdo de seus direitos de personalidade, em sua qualidade de vida e seus meios concretos, bem como a quantidade de ocasiões que privará o indivíduo influenciará na análise do dano existencial.

Assim, hipoteticamente, se um indivíduo empurra outro propositadamente de uma escada causando-lhe uma grande fratura exposta no antebraço, há de se considerar, primeiramente, que, aplicando o critério de distinção da essência, da quantidade e da qualidade, não há de se confundir o dano existencial com outras modalidades de dano.

Primeiramente, se o indivíduo lesado dispendeu gastos, pode-se deduzir facilmente que se pode aplicar reparação por danos materiais. O critério utilizado, nessa situação, é o critério da diferença, lógica matemática cartesiana objetiva e calculável do dano de modo a se determinar a subtração patrimonial sofrida pela vítima²¹⁴.

Pode-se deduzir dessa situação ainda tanto os danos emergentes como os lucros cessantes, incluindo nessa situação a possibilidade de requerer uma pensão, acaso se, no caso concreto, a vítima acabasse por ser aposentada por invalidez, dada a gravidade da lesão, a qual teria gerado uma limitação na mobilidade de seus movimentos, ocasião em que também seria aplicada a teoria ou a lógica da diferença.

Dessa forma, pode-se bem perceber que a responsabilidade civil pelos danos patrimoniais possui ideal reparatório, em uma tentativa de reparação integral da diminuição patrimonial causada, almejando-se retornar ao *status quo ante*, muitas vezes o que é inviabilizado em casos de objetos infungíveis.

²¹⁴ A teoria da diferença foi fruto da reelaboração de Fredrich Mommsen, citado por MORAES, 2003, p. 143. Tal teoria também é mencionada em FARIAS; ROSELVALD; PEIXOTO, 2015, p. 265-267. A responsabilidade civil no Brasil é medida pela extensão do dano de acordo com o artigo 944 do Código Civil de 2002, sendo a teoria da diferença completamente insuficiente quanto à danos que não sejam patrimoniais em seu sentido mais puro.

Não obstante, no que tange aos direitos extrapatrimoniais, não se pode aplicar tal critério puramente matemático, não se aplicando uma lógica da diferença deduzida do caso, mas sim da análise da qualidade dos bens e interesses lesados, bem como o alcance em que foram atingidos. Jamais se poderá pensar em uma análise correta se houver confusão sobre os bens e interesses lesados, da mesma forma que haveria muitas incorreções se fossem criadas espécies de danos sem qualquer forma de lastro teórico fundante.

Aplicando-se a teoria ou a lógica do interesse lesado, deve-se debruçar sobre o caso concreto, na tentativa de compensá-lo, já que jamais poderá ser devolvido o tempo e espaço em que ocorreu o dano, modificando a esfera não patrimonial de um indivíduo. Nessa situação, jamais será trazido o *status quo ante* do ser, não se cabendo cogitar a possibilidade de reparação integral em tais situações.

Pelo critério da análise dos bens e interesses em sua essência, quantidade e qualidade, não há de se confundir ou generalizar o dano moral, tampouco diminuí-lo unicamente por não entender como cognoscível um dano que muitas vezes não é visível no mundo material, somente no existencial.

Assim, classicamente conhecido como alteração no bem-estar psicofísico e anímico da vítima, como uma modificação desvaliosa no desenvolvimento e capacidade de entender, querer ou sentir em relação ao que se encontrava antes do fato danoso, pode-se entender como configurado o dano moral²¹⁵.

Desta forma, pode-se entender que no exemplo mencionado acima, a vítima da fratura exposta, de fato sofreu um dano essencialmente moral, face a dor de ver seu braço fraturado e sangrando, bem como por toda a exposição de um tratamento longo e doloroso.

Ocorre que, frise-se, no caso concreto, podem ocorrer outras variáveis. Não apenas o sujeito teve seu estado anímico modificado e seu bem-estar ferido. Outros bens e interesses do mesmo poderiam ser modificados de modo permanente, alterando seus planos e projetos.

Com a cicatriz, ocorreu uma mudança exógena da anatomia formadora da identidade do indivíduo, ao que o Superior Tribunal de Justiça já considerou como dano de categoria autônoma, cumulável com o dano moral, consagrado em sua súmula de número 387, que reza “É lícita a cumulação das indenizações de dano

²¹⁵ SANTOS, 2015, p. 63-65.

estético e dano moral”. Esse reconhecimento representa, assim, uma total ruptura da concepção tradicional, consagrando assim a possibilidade de sofrer outras espécies de prejuízos na órbita extrapatrimonial²¹⁶.

Mas suponha-se que, nesse caso, tenham sido observadas sequelas em relação a movimentação do braço do indivíduo, e por conta desse fato, não possa mais praticar esportes, fato esse comprovado, dado o envolvimento com atividades físicas cotidianas por parte da vítima. Não há, em tal hipótese, uma diminuição patrimonial a ser verificada, mas sim uma verdadeira mudança na sua rotina e uma ruptura com a relação entabulada com o esporte anteriormente exercido.

Não se pode afirmar, em tal ocasião, que se trata das mesmas consequências do dano moral, portanto, no que se refere à causa e efeito.

Ainda que seja aplicada a mesma lógica compensatória e não ressarcitória sobre todos os danos extrapatrimoniais, concebidos como gênero que alberga espécies tais como o dano moral e o estético, há de se considerar a aplicação do critério de quantidade e qualidade do dano na visualização do dano existencial.

Óbvio que tais danos são irreparáveis, daí se aplicar a lógica compensatória. Jamais se poderá retroagir no tempo e espaço de forma a reparar integralmente o dano como se nunca houvesse ocorrido (tornando-o *inmdene* ou retornando ao *status quo*), podendo-se unicamente compensá-los de modo a equilibrar a situação de ruptura com a garantia dos direitos fundamentais provocada quando da ocasião do dano.

As relações e correlações do dano existencial, portanto, devem ser repensadas, em especial pelo reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais não apenas em relação aos sujeitos de direito público, como também em relação aos sujeitos de direito privado. As garantias dos direitos fundamentais, portanto, são plenas e imediatas, em que se deve respeitar os direitos mais básicos do ser humano e garantidores de sua dignidade.

²¹⁶ De acordo com Flávio Tartuce, a tendência de ampliação dos danos reparáveis é um verdadeiro “caminho sem volta” para onde segue o Direito Civil Contemporâneo, ao que se defende a possibilidade do desenvolvimento de um verdadeiro estudo direcionado aos danos, ou simplesmente o “direito de danos”. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 6 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 432-435.

2.1.1 Da eficácia dos direitos fundamentais como legitimadora do dano injusto causado por infringência à dignidade da pessoa humana aos indivíduos: A delimitação do elemento subjetivo da pesquisa

Postulado maior da Constituição da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana permeia totalmente o ordenamento jurídico, não sendo apenas uma valoração, mas um valor absoluto insubstituível e não relativizável. Relaciona-se com a essência, contida na ética da própria espécie humana²¹⁷, tendo como consequência direta a despatrimonialização do direito privado.

Ademais, um dos mecanismos para a efetivação da constitucionalização do Direito Privado é a aplicação de tais valores absolutos e não relativizáveis através da eficácia dos direitos fundamentais perante os sujeitos particulares como normas de proteção à pessoa previstas na Constituição Federal²¹⁸.

Portanto, como valor absoluto fundante dos direitos fundamentais, estes últimos são o veículo de realização e garantia da vida digna de um ser humano que primeiramente deve ser considerado autônomo e responsável, bem como igual na medida de suas igualdades e desigual na medida de suas desigualdades.

Mas deve-se ter em mente o desenvolvimento da lógica da responsabilidade à luz dos direitos fundamentais, bem como sobre sua eficácia, mesmo porque tais direitos tiveram suas origens a partir de ideais burgueses formados pós-revolução francesa, primeiramente embasadas na garantia da liberdade individual do *laissez faire*²¹⁹.

Por outro lado, realça-se que os direitos fundamentais envolvidos, como a liberdade, possuem conteúdo genérico, o que dificulta a sua operabilidade dentro do caso concreto. Assim, a titularidade do conteúdo é definido pela norma, embora sua incidência dependa de aplicabilidade no caso concreto.

Dentro desse contexto, proteger a liberdade teria como objetivo proteger a propriedade individual, o que acabou por motivar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão possuir teor eminentemente privatista e garantidor de um

²¹⁷ ROCHA, 2004, p. 32.

²¹⁸ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015, p. 17.

²¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 13

individualismo exacerbado, voltado ao patrimônio muito mais do que a existência do ser.

Ao lado da falácia da igualdade formal, foi formada a ideia de um sistema jurídico positivo e completo, com a devida separação dos poderes, em que o magistrado nada mais pronunciaria senão as palavras da lei, corroborando a promessa de uma falsa segurança.

Então que o constitucionalismo primitivo, meramente organizador do Estado, bem como o processo de codificação se mostraram como um dos primeiros princípios liberais, como uma necessidade de limitar o poder soberano, em face à sua propensão a violentar o jurisdicionado, vulnerável face ao Poder Público.

Pode-se perceber que, dentro de um Estado de Direito Liberal, o legalismo e o egocentrismo evidente nos indivíduos que o compõe, acabou por eivar todo um arcabouço teórico sobre os direitos, essencialmente os direitos de danos e da responsabilidade civil.

Ao mesmo tempo, acabou por formar a ideia de que tão somente o Estado seria capaz de condutas lesivas, sendo os sujeitos de direito privado, em um primeiro momento, como incapazes de violar os direitos mais básicos de outros sujeitos de direito privado.

Tal situação não pode mais ser sustentada face à visível perversidade observada nas relações de poder, ainda que entre sujeitos de direito privado. O próprio privatismo agigantou-se de tal forma que chegou aos mesmos patamares que o poder público.

Esse contexto era totalmente incompatível com o personalismo ético, anulando o valor absoluto da dignidade humana, impossibilitando a realização do elemento ético, base dos direitos fundamentais. O poder privado, agigantado, corporificado nas grandes empresas e organizações, nas mídias, dentre outros, passou a formar o modo de vida, padrão de estética e até mesmo a forma de alimentação e lazer das pessoas envolvidas nessas relações.

O desenvolvimento das formas de energia, mídias, meios de informação, a industrialização, a padronização de comportamentos e de estilos de vida²²⁰ e atribuição de métodos de exploração predatória a todo e qualquer empreendimento fez com que o ser humano fosse coisificado como forma de peça de um sistema

²²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 111.

onde o mesmo é alheado de sua condição humana de existência, bem como se torne totalmente dependente das novas necessidades a ele impostas.

Novas necessidades, novas cobranças e a potencialidade de danos foram se multiplicando em escala geométrica. O ser humano estava submerso em novas necessidades para estar inserido no mundo pós-moderno onde a cobrança para sua inserção o faz doente, muitas vezes com danos que muitos se recusam a admitir, como os danos psicológicos e psiquiátricos.

Muitos desses danos são causados pelos próprios sujeitos de direito privado, os quais poluem o meio ambiente com suas indústrias, promovem padrões estéticos inalcançáveis, trocam a tecnologia de telefones e computadores de forma a defasá-los em um breve período de tempo, forçando o indivíduo a logo substituir seus objetos, exploram um trabalhador até causar-lhes uma completa exaustão. Tudo na mais completa fluidez causando um mal-estar generalizado no ser humano²²¹.

Após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, dada a repercussão da mídia à época, ocorreu verdadeiro repúdio a atos de violação dos direitos mais básicos do indivíduo, mesmo que outros genocídios já tivessem acontecido anteriormente. Era a força do poder privado da mídia.

Essa mudança de olhar fez com que o discurso teórico e legislativo mudasse seu eixo central, o patrimônio, para a pessoa, em seu foco de humanidade.

Logicamente essa mudança paradigmática constitui uma forma de combate ao poder privado em sua forma selvagem, que hoje atua conjuntamente com o Estado causando danos à pessoa humana em sua existência individualmente considerada.

Assim, a liberdade e a igualdade ainda não possuem tratamento desejado ou sua função preventiva de danos e violações²²², em uma dialética de complementariedade e compatibilização com o respeito ao plano existencial.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, introduziu-se a primazia dos direitos fundamentais, sendo que sua aplicação, extensão e eficácia configurariam um problema de interpretação constitucional²²³.

²²¹ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal Estar da Pós Modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 16.

²²² Conforme Manuel Atienza, a situação atual do Direito perpassa pelas teorias críticas do Direito como o pós positivismo e o paradigma constitucionalista, em uma forte tendência de integração do Direito, da moral e da política. ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2004. p. 303-310.

Ingo Sarlet reforça essa dimensão intersubjetiva dos direitos fundamentais como um dever geral por parte de todos, Estado e sujeitos de direito privado, indivíduos ou entidades coletivas, com todos os demais de respeito e solidariedade, até mesmo consigo próprios por conta do caráter humano e absoluto da dimensão da dignidade da pessoa humana²²⁴.

Deste contexto, pode-se afirmar que o conteúdo existencial cabalmente foi preocupação do constituinte brasileiro de 1988, inserido em um complexo sistema de proteção integral à integridade psíquica, social e espiritual do indivíduo, motivo pelo qual o artigo 5º agasalha o rol de direitos individuais fundamentais básicos e não exaustivos de garantias básicas do ser humano.

Assim, pode-se afirmar que a eficácia dos direitos fundamentais seja face ao poder público ou poder privado, sendo garantia plena contra lesões e danos provocados ao ser humano, legitimando a indenização por danos injustamente causados, independentemente de sua licitude.

Há uma pluralidade de bens e interesses albergados pelos direitos fundamentais, frise-se, cujo rol não configura *numerus clausus*, os quais devem ser reconhecidos como existentes, não podendo serem ofuscados pelo que Ulrich Beck chamou de “cegueira” ou “miopia” econômica da racionalidade técnica em relação aos problemas sociais²²⁵ verificados através dos conflitos de interesses cotidianos.

2.1.2 Dano existencial como uma das novas espécies de danos exurgidos na pós-modernidade: A contextualização do objeto da pesquisa

Os danos à pessoa na atual sociedade de risco é uma realidade cruel e incontestável, havendo uma profunda relação entre a lógica da distribuição de riquezas com a da distribuição dos riscos, sendo que o processo de modernização desencadeia cada dia mais forças destrutivas do próprio ser humano, que podem desenvolver danos muitas vezes irreversíveis, ao mesmo tempo em que invisíveis²²⁶,

²²³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 434.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P 111-112.

²²⁵ BECK, 2011, p. 72-73.

²²⁶ BECK, Ibidem 2011, p. 23-27.

em uma verdadeira globalização dos riscos supostamente decorrentes do processo tido como civilizatório.

Os indivíduos supostamente libertados, ficaram à mercê do poder privado, que iniciou tendências a institucionalização e imposições de valores e padrões a serem seguidos, conduzindo a uma dependência do trabalho e conseqüentemente a uma determinada espécie de educação limitada a este trabalho alienatório, suficiente para serem conduzidos a um vazio existencial compensado pelo consumismo exacerbado e novas possibilidades de modismos²²⁷. De toda sorte, o processo conduziu a novas necessidades, extremamente destrutivas ao ser humano, que ficou refém de um sistema totalmente exploratório.

Ainda que a vítima do dano extrapatrimonial seja supostamente conivente com a sua exploração, ela não teria poder de dispor e negociar sobre seus direitos de personalidade, como no caso do trabalhador que se submete a trabalhar para seu empregador em determinada função a qual exija esforço físico repetitivo, por treze horas diárias, sabendo-se que, acaso o empregado não aceite tais condições, poderá ser dispensado, comprometendo assim totalmente sua subsistência e suprimento das necessidades mais básicas como alimentação, moradia, transporte, dentre outros.

Trata-se, portanto, de um consentimento inoptável, ainda que supostamente compensado pelo pagamento de uma quantia a mais em sua remuneração. No mais das vezes, tal situação é imposta pelo empregador, que imediatamente já entrega a carga horária abusiva apenas para ser assinada pelo empregado, destruindo assim sua identidade, violando sua dignidade pessoal e profissional, causando danos à saúde mental do empregado e visivelmente pondo em perigo a manutenção de seu emprego²²⁸.

Nessa situação, há patente cerceamento de sua liberdade em seu sentido mais amplo, dado que imediatamente ficará limitado em seus demais direitos fundamentais. Ora, ele poderá pagar pela sua moradia, mas dificilmente poderá gozar de um adequado repouso; embora possa pagar por sua alimentação, pela ausência de tempo por conta do trabalho excessivo, esta poderá não possuir um

²²⁷ BECK, Ulrich, 2011, p. 111.

²²⁸ BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Assédio Moral no Trabalho: Responsabilidade do Empregador**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 63.

mínimo de qualidade; prejudicando, da mesma forma, suas atividades de saúde, lazer, informação e estabelecimento de relacionamentos humanos em geral.

Trata-se, portanto, de uma mera sobrevivência, restando ausente a verificação de uma vida verdadeiramente digna, e este trabalhador fatalmente não gozará de saúde como qualidade de vida.

Não há relação direta, assim, de repercussão propriamente no âmbito financeiro ou econômico da vítima, sendo que também não diz respeito à esfera íntima da pessoa, tais como dor ou sofrimento, que são características do dano moral. Há, outrossim, uma modificação *in pejus* da personalidade²²⁹, impondo toda uma reprogramação, uma desconstrução do próprio ser, que é obrigado a destruir seus sonhos para reconstruir seus caminhos para meramente sobreviver, passível portando, de uma constatação objetiva.

Configura-se assim o assédio moral. Sob essa óptica, nessa situação de sobrelabor acima do permitido pela lei ou negociações trabalhistas dependendo da função desempenhada, é mister ser considerado o elemento fático contextualizado, o qual pode ter como consequência o desenvolvimento de depressão ou vícios até então inexistentes, culminando até mesmo no afastamento do indivíduo do trabalho ou mesmo sua aposentadoria precoce, aumentando os gastos do Estado com saúde, seguro desemprego e previdência²³⁰.

Deixe-se claro que tal situação corriqueiramente vem sendo pontuada como causadora de dano moral pelo direito laboral. Não obstante, deve-se frisar que não se vislumbra unicamente a dor, humilhação, angústia ou vexação experimentada pela vítima de assédio moral. Outras hipóteses devem ser consideradas.

Assim, por exemplo, o empregado assediado, deprimido, o qual tenha acabado por unicamente ver prazer na bebida, tornando-se dela dependente, não apenas sofreu um abalo moral, como uma modificação de sua vida, agora tendo que conviver ou combater um vício que não possuía.

Primeiramente, deve-se enquadrar a questão da saúde física e psíquica do empregado, o qual poderá desenvolver hérnias, no caso de carregadores, lesão por esforço repetitivo no caso de operadoras de caixa, calos vocais ou esgotamento físico e psicológico no caso de professores. Há uma predisposição de doença

²²⁹ BEBBER, 2009.

²³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio Moral no Emprego**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 83-84.

relacionada com as condições oriundas da própria função exercida, as conhecidas como doenças ocupacionais.

Muitas vezes, muitos indivíduos potencializam os riscos dessas doenças, dado que se submetem a trabalhos sem qualquer condição de segurança, salubridade ou simplesmente abusivos, isso quando não se submetem a prática de atos ilícitos, unicamente para satisfazer uma série de necessidades impostas pela sociedade, como a aquisição de tecnologias infindavelmente cambiantes dos utensílios, que trazem consigo uma falsa promessa de felicidade e popularidade no seio social.

Nesse caso, ainda que um indivíduo venha a realmente desejar trabalhar além do permitido em lei, ainda que se trate de um *workholic*, é inconcebível que se admita tal possibilidade, uma vez que este, em última hipótese, acabará por adoecer, por exemplo, em decorrência de um esgotamento causado pela síndrome de *burnout*²³¹ e fazer com que todo o aparato público custeie sua doença que poderia ter sido prevenida.

O dano causado pelo empregador, deste modo, não seria por ele reparado, e sim solidarizado pela previdência social, já sucateada e insuficiente para a população mais carente. Há, portanto, um conflitos de interesses muito maior do que se possa visualizar de maneira superficial.

Ainda que se alegue a suposta felicidade do indivíduo em trabalhar acima de seus limites, e ainda que se alegue que ganhe para tal feito (visualização por um viés exclusivamente economicista), há de se salientar que a rotina de um *workholic* está longe de ser saudável física e psicologicamente.

Sedentarismo, má alimentação e repouso escasso causam uma enorme gama de problemas cardíacos, vasculares e mesmo comprometem a saúde e equilíbrio psicológico do indivíduo, privado do convívio com outras pessoas, de realizar cursos, de se informar com notícias de relevo social, dentre outros.²³²

Grosseiramente, seria a mesma situação de permitir ou incentivar indiretamente uma pessoa a vir se suicidar, ato este condenado no ordenamento

²³¹ Síndrome conhecida como esgotamento profissional, causada por altos índices de estresse que podem causar inúmeras desordens físicas e psicológicas. HOSPITAL ALBERT EINSTEIN. **Síndrome de *burnout***. 2007. Disponível em <<http://www.einstein.br/einstein-saude/em-dia-com-a-saude/Paginas/sindrome-de-burnout.aspx>> Acesso em: 28 out. 2015.

²³² PINTO, Fernando Gomes. **Você é vítima de estafa mental?** Hospital Daher, Brasília, 22 jan. 2013. Entrevista. Disponível em <<http://www.hospitaldaher.com.br/daher/voce-e-vitima-de-estafa-mental>> Acesso em: 28 out. 2015.

jurídico brasileiro. Em se tratando do âmbito laboral, a partir do momento em que o empregado é visto como uma simples peça para o funcionamento de determinada máquina de produção, o empregador que assim venha a agir parece apenas esperar o momento da troca dessa mesma peça acaso seja necessário.

Mas é necessária uma mudança de visão e de valores anteriormente tidos como absolutos. Anteriormente, psicólogos ou psiquiatras eram vistos como profissionais que tratavam os conhecidos como “loucos de todo gênero”, expressão absolutamente inapropriada abolida pelo ordenamento jurídico moderno.

Por outro lado, preconceitos nublam a visão do mais instruído jurista, que, como indivíduo, carrega suas interpretações pessoais no momento de interpretação e aplicação da norma²³³.

Desta forma, com a recente visão transdisciplinar, exigida para a realização ou a melhor concretização do sistema de proteção integral do ser humano, essa verdadeira visão distorcida de mundo em muito é dificultada a aplicação da reparação de danos os quais não são visíveis aos olhos humanos, uma vez que atingem o *animus* e existência do ser humano.

A própria psicanálise iniciou seus estudos sobre os sintomas de pacientes histéricos, os quais ainda não se enquadravam como critérios médicos de categorização como a anatomia e a fisiologia, sendo posteriormente isolados e comprovados por Freud e Charcot, permitindo uma análise melhor sobre o evento “trauma” de infância²³⁴.

Foi a partir desse ponto que se pôde discutir e tentar demonstrar, ao menos na psicologia e na psiquiatria, que os traumas (lesões psicológicas) e desejos do ser humano são muito mais modificadores do comportamento e da vida do indivíduo do que se possa cogitar, desde a sua geração e criação pelos seus pais²³⁵.

²³³ Aplicando-se aqui as três etapas de interpretação propostas por Dworkin: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós-interpretativa, onde aplicam-se os conceitos interpretativos do próprio aplicador do direito, capaz de criar o direito quando da solução de um caso concreto. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

²³⁴ MIRANDA JUNIOR, Helio Cardoso de. **Um psicólogo no Tribunal de Família: a prática na interface de Direito e Psicanálise**. Belo Horizonte: Arte Sã, 2010, p. 84.

²³⁵ Posição interessante da psicanalista alemã MILLER, Alice. **O Drama da Criança Bem Dotada**: Como os pais podem formar (e deformar) a vida emocional dos filhos. Trad. Cláudia Abeling. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 1997.

Exemplo sobre tal dificuldade de visualização e tais lesões e dos danos ao *animus* da pessoa é trazido à baila por Michael Sandel²³⁶ acerca da questão do Exército norte americano, em relação à concessão da medalha “Coração Púrpura” concedida à heróis de guerra feridos ou mortos durante um combate.

Nesse exemplo, traz-se o cenário das atuais guerras do Iraque e Afeganistão, onde um número cada vez maior de veteranos vem sendo diagnosticado com estresse pós-traumático, tendo como sintomas pesadelos recorrentes, depressão profunda e até mesmo suicídio. Os defensores desses veteranos pleiteavam a concessão da medalha “Coração Púrpura”, considerando serem as lesões psicológicas tão debilitantes quanto as lesões físicas, que são visivelmente verificadas.

Não obstante, o Pentágono considerou que tais lesões de caráter psicológico não podem ser diagnosticadas de forma objetiva, tais quais as lesões físicas, desconsiderando a hipótese de referida homenagem, para a qual “derramar sangue” seria uma qualificação essencial.

Em que pese o exemplo não se referir propriamente ao dano existencial no contexto de discussão ao qual é inserido, evidente é a situação de que o ponto nodal da questão é reconhecer, primeiramente, a existência e dimensão dos danos os quais os olhos não podem diagnosticar, embora existam e causem gravíssimas consequências.

Interessante a crítica de Boudreau, um fuzileiro norte americano que apoia a inclusão dos danos psicológicos na concessão de tal medalha, exaltando que “a mesma cultura que exige um comportamento rigoroso também encoraja o ceticismo quanto à possibilidade de violência da guerra atingir a mais saudável das mentes”²³⁷.

A mesma crítica pode ser feita, não apenas em relação às forças armadas, como também à sociedade, que considera tais danos à existência humana como fraqueza de caráter, falhas morais ou orgânicas naturais do indivíduo.

É a verdadeira banalização do mal ao qual se está inserido em sociedade, tal qual Eichmann não fora visto pela sociedade alemã como algoz ou carrasco nazista,

²³⁶ SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 21 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 18-19.

²³⁷ SANDEL, 2016, p. 20.

mas como funcionário zeloso o qual cumpria estritamente as ordens estatais do Führer²³⁸.

Eis o mesmo caso do conhecido como *bullying* escolar, reconhecidamente no âmbito psicológico, psiquiátrico e jurídico como uma forma cruel de violência em pequenas doses, as quais podem isolar completamente uma criança ou adolescente, mas que por muitos é banalizado como mera brincadeira, mas que pode causar mudanças bruscas na vida de um ser humano, podendo culminar até mesmo em suicídio.

Assim ocorreu com o filho do professor norte americano Dr. Allan Beane, referência internacional do estudo do combate ao *bullying* que por muitos anos sofria com a crueldade e perseguição de colegas na escola até culminar em um grande quadro de ansiedade e depressão, e que acabou por lhe ceifar a vida por uma overdose²³⁹.

Quando se afirma que os pais possuem responsabilidade objetiva por seus filhos decorrente da relação de poder que com eles estabelecem, fato que faz com que seus filhos estejam sob sua autoridade²⁴⁰, afirma-se a possibilidade dos pais do agressor serem obrigados a compensar danos morais, e também existenciais, portanto, da vítima e todos os demais que tenham sofrido o dano.

A banalização desses danos seria uma completa violação do princípio da solidariedade, postulado ético de não praticar com o outro o que não se deseja para si, em relação de respeito mútuo e equilíbrio dos sistemas sociais e jurídicos.

A solidariedade, aqui, deve ser entendida no sentido preventivo ou inibitório de um determinado dano ou conduta lesiva, e não em sua aplicação quando já configurado o dano. Imagina-se, assim, pela solidariedade, tentar-se impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito²⁴¹, ao que embasa portanto, tal caráter inibitório.

Conhecer o dano, por essa lógica, seria fundamental, dado que, uma vez conhecido, ele poderia ser estudado e prevenido, separando-se assim o estudo do dano do estudo do ilícito, bem como do estudo do risco.

²³⁸ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalização do mal**. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

²³⁹ BEANE, Allan L. **Proteja seu filho do bullying**. Rio de Janeiro: Bestseller, 2010.

²⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 68.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: Individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

Não se há de cogitar, portanto, em repetir o entendimento ultrapassado de confundir-se dano e ilícito, reflexo da visão historicamente construída de que o bem juridicamente protegido seria supostamente uma mercadoria, facilmente reparável²⁴².

Pode-se deduzir que não se pode pensar no dano existencial sem se pensar na situação concreta, no contexto e na situação em que envolvido o indivíduo, vítima de um sistema ou de um aproveitamento de sua condição humana vulnerável e sensível. Deve-se identificar onde está o dano, exatamente o que fora afetado, e a partir daí aplicar as soluções sempre se tendo em foco a situação do indivíduo como ser existencial e não como peça de um grande sistema predeterminado pela pós-modernidade.

Como salientado por Hanna Arendt²⁴³, se for realmente comprovado o divórcio entre conhecimento e o pensamento humano livre e permeado de anseios, o ser humano não passará de um mero escravo indefeso, criatura desprovida de raciocínio que ficará à mercê das tecnologias ou mesmo de um sistema opressor.

A promessa da glorificação teórica do trabalho transformou a sociedade em uma sociedade eminentemente operária, e mesmo alienada e dependente de aparatos tecnológicos como ocorre com a rede mundial de computadores.

Ainda de acordo com a filósofa alemã, a vida ativa de um ser humano deverá ser repensada totalmente à luz da tríade labor, trabalho e ação. Sendo o labor o processo biológico de desenvolvimento humano, cuja condição é a própria vida; o trabalho o procedimento artificial da produção de um mundo artificial cuja condição é a artificialidade; e a ação como interação humana cuja condição advém da pluralidade: O ser humano deve ser visto como sujeito e indivíduo, dotado de formação, identidade, cultura, vontades e direções distintas.²⁴⁴

Em todas essas situações poderão ocorrer danos, lesões parciais ou ameaças a este conteúdo existencial, o qual não deve o direito se furtar de reparar. A filosofia, jungida à política, ao privar a sociedade de assuntos políticos, ou seja, de atividades concernentes à esfera pública que existe onde quer que haja convivência humana, priva-a de toda a dignidade própria.²⁴⁵

²⁴² MARINONI, 2012, p. 32.

²⁴³ ARENDT, 2009a, p. 11.

²⁴⁴ ARENDT, *Ibidem*, p. 15-16.

²⁴⁵ ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. 2 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2009b, p. 133.

De acordo com Geppino Rago, citado por Amaro Neto²⁴⁶

O vazio existencial, a ofensa da dignidade pessoal, de fato, não são indenizáveis a título de dano patrimonial, porque, à evidência, não são danos que comprometem o patrimônio do ofendido; também não são classificados como dano moral porque [...] são danos que não se limitam a uma aflição passageira, mas são danos que prejudicam o ofendido permanentemente.

Como se pode perceber, em um primeiro momento, esse novo tipo de dano difere no tempo e no espaço, dado que em nada se pode recuperar o tempo perdido e as oportunidades abstratamente consideradas que não puderam ser gozadas na medida da liberdade do sujeito de direito.

Por esse motivo, faz-se necessária nova análise de antigos conceitos jurídicos, especificamente no que concerne ao interesse jurídico para o exame do problema do dano existencial inserido na análise da sociedade de risco e exploratória contemporânea.

2.1.3 A proteção do ser humano como justificção da categorização dos danos

Hoje a responsabilidade civil tem reconhecidamente um novo objetivo nas palavras de Maria Celina Bodin, “deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o eixo da vítima de ter de reparar as suas perdas”²⁴⁷. Desta forma, o foco, antes na figura do ofensor, direcionou-se à reparação da vítima, detentora de sentimentos e dores físicas e existenciais.

Destarte, a reparação do dano acaba por se tornar um espelho da sociedade²⁴⁸, e as novas funções da reparação passaram a não refletir o raciocínio econômico que desumanizava o indivíduo. Por outro lado, se ocorreu a valorização individual no contexto social e jurídico, paradoxalmente ele foi depreciado economicamente, reduzindo sua vida à produção de lucro como prioridade sobre seu bem estar²⁴⁹.

²⁴⁶ RAGO, Geppino, 2002 apud ALMEIDA NETO, p. 30.

²⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 12.

²⁴⁸ LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

²⁴⁹ LEVY, 2012, p. 12.

Assim, paralela a primeira crise de desmaterialização das relações jurídicas, há a desvalorização da causa em prol dos seus efeitos, originados pela instantaneidade da sociedade contemporânea, pouco preocupada com o bem estar dos indivíduos, bem como o impacto da crise de valores éticos, valorizando unicamente o bem estar material instantâneo, em grande parte decorrente de uma corrida pelo lucro e pelo sucesso acima de qualquer outro valor²⁵⁰.

Ainda, há a situação de que hodiernamente, muitos se julgam vítimas, prioritariamente quando atingir o aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana, situação que essencialmente exige uma postura categorizante do dano.

Isso porque não se há de admitir o surgimento inapropriado dos danos e das considerações aleatórias das condutas ilícitas.

Há de se levar em consideração que a postura ética brasileira está em crise, onde muito se destaca o plágio acadêmico e escândalos midiáticos revelam muitos dos antigos problemas que por muito tempo foram considerados dogmas.

Muitos livros e manuais veiculam nomenclaturas e conceitos, não raro desprovidos de valor teórico ou lastro de fundamentação. Dentre conceitos verdadeiros e falsos, muitos sequer possuem qualquer base de demonstração para o correto aprendizado, o que acaba por descambar em doutrina vazia direcionada para um aprendizado superficial.

Por conta dessa situação, há um incontável número de afirmações sobre supostos novos institutos, princípios, interpretações e conceitos, todos regidos pela lógica mercantilista da venda de exemplares, da frenética atualização da doutrina que por vezes não menciona a base, a origem e natureza de determinado instituto.

Desta forma, a crítica da superprodução ou superinflação de danos poderia em um primeiro momento parecer contundente e mesmo tentadora para que se evitasse o absurdo de uma verdadeira explosão de conceitos de danos confusos e muitas vezes desnecessários de serem rotulados.

Na verdade, a questão envolve a rotulação do que já seria protegido ao indivíduo, o que poderia inclusive causar embaraços a garantia de seus direitos, bem como gerar um estado de oportunismo com as chamadas “demandas frígidas”, aumentando o que chamam de uma verdadeira indústria de indenizações, fruto da própria lógica mercantilista na qual se está inserido.

²⁵⁰ LEVY, 2012, p. 13-16.

Não obstante, o instituto da responsabilidade deve superar esta crise de valores e conceitos. Um dos mais importantes instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais deve ser totalmente repensado em sua base: a responsabilidade civil subdivide-se hoje no estudo do direito dos danos, bem como no direito das condutas lesivas²⁵¹.

A responsabilidade civil pode hoje ser visualizada como um verdadeiro sistema de garantia e proteção do ser humano, decorrente dos direitos fundamentais e trabalhada essencialmente em sua base pelo Direito Privado.

Autores como Daniel Levy²⁵² chegam a sustentar uma “Responsabilidade Civil Preventiva”, não sendo constituída apenas como instrumento processual ou interpretativo, mas como um campo maior e autônomo, tido como uma “responsabilidade do futuro”.

Essa responsabilidade ou ética do futuro são trabalhadas por filósofos como Hans Jonas²⁵³ e Paulo Ricoeur²⁵⁴, e até mesmo já era esboçada no passado como uma verdadeira “sentinela” de todo o Direito por Louis Jousserand²⁵⁵.

Por outro lado, a lógica metodológica de contornos vagos e apagados confundem e mesclam no interior de uma mesma disciplina categorias importantíssimas que parecem camufladas e, com isso, negadas em sua existência, as quais merecem maior zelo.

Esta lógica hoje encontra-se insuficiente para tutelar a dignidade humana em sua plenitude, sendo necessário organizar o que já existe, refazer questionamentos sob novos parâmetros, separando o direito dos danos e seus estudos para que se possa fazer corretamente as demonstrações e debates para a melhoria da situação vítima-ofensor.

Deve-se pensar em um retorno às fontes morais²⁵⁶, de maneira que se busque um novo sentido para a responsabilidade civil: a proteção integral do indivíduo e a árdua tentativa de mantê-lo de todas as formas em sua dignidade. Esse é o maior desafio do Direito da atualidade.

²⁵¹ Nesse sentido, LEVY, 2012.

²⁵² LEVY, 2012, p. 161.

²⁵³ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006.

²⁵⁴ RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

²⁵⁵ JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade civil**. Revista forense, Rio de Janeiro, RJ, v 38, n.354.

²⁵⁶ Conforme a doutrina francesa de JOURDAIN, Patrice. **Les Principes de la responsabilité civile**. 7 ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 159.

2.1.3.1 A responsabilidade como garantia fundamental: A proteção do ser como *numerus apertus*

Parte-se do fato de que os direitos fundamentais são reconhecidos em um rol meramente exemplificativo, ou *numerus apertus*, não se encerrando no prescrito no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentro desse contexto, faz-se mister uma verdadeira reconciliação da autonomia privada, em seu aspecto de liberdade de realização pessoal, bem como de estabelecimento de relações, com os demais Direitos Fundamentais, como forma de calcar a conduta dos sujeitos.

Não haveria de ser diferente, em especial se tratando do atual estágio de constitucionalização do Direito, mais especificadamente, o Direito Privado. Desta forma, não se haveria de cogitar a inaplicabilidade dos direitos fundamentais-constitucionais nos demais ramos do direito. O sistema garantidor dos direitos fundamentais espalha-se por todos os sistemas do ordenamento.

Ademais, pela própria coerência²⁵⁷ do ordenamento jurídico, necessita-se da utilização do sistema do constitucionalismo “em rede”, em que a Constituição seria uma verdadeira “teia” de garantias pela qual se deveria interpretar tudo de acordo com suas normas, de modo a conferir eficiência e instrumentos de efetivação dos direitos mais básicos do ser humano²⁵⁸.

Assim, a partir da dignidade humana contemplada direta ou indiretamente na Constituição da República brasileira de 1988, a qual contempla a humanidade e o personalismo ético em detrimento ao patrimonialismo do passado, deve-se pensar em um sistema garantidor e de efetividade de maneira a cada vez mais ampliar o espectro de proteção, principalmente quando se vislumbra a atual sociedade, cada

²⁵⁷ Seria o que Dworkin chamaria de “integridade no Direito” em sua obra “O Império do Direito”, para a busca de um ideal construtivo do Direito em coerência com o sistema como um todo entremeado, como base para a construção de um conceito construtivista-interpretativo, sob a lente moral. DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁵⁸ Noberto Bobbio propõe critérios para a realização da coerência do ordenamento jurídico, extirpando assim as antinomias e incompatibilidades como forma de justiça do ordenamento, especialmente no que tange às normas constitucionais. Considerando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não havendo de se negar seu conteúdo humanista, não há da mesma forma de se negar a obrigação da coerência dos direitos fundamentais em relação ao Direito Privado. BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 57-82.

dia vivenciando um novo risco diferente, ou ao menos uma nova descoberta e reconhecimento sobre riscos já preexistentes.

A responsabilidade, desta forma, seria o instrumento de garantia da realização ou efetivação de tais direitos, estruturando-se de modo a reparar ou compensar qualquer prejuízo aos mesmos, fundamentais à vida minimamente digna de um ser humano.

Como forma de proteção integral, ou ao menos a tentativa de máxima proteção possível ao ser humano e sua dignidade, há se de reconhecer não apenas uma possibilidade infindável de direitos e garantias individuais, como também a necessidade de novas formas de proteção, as quais deverão sempre serem pensadas e constantemente atualizadas dentro da dinâmica social.

Conforme salientado por Maria Celina Bodin²⁵⁹, a concretização da dignidade da pessoa humana é balizada por uma cláusula geral de tutela à pessoa, levando-se em conta a sua vulnerabilidade, não havendo de se colocar como limitado o rol de proteção.

Desta forma, não se pode considerar um rol determinado de proteção a situações jurídicas subjetivas tuteladas, uma vez que visa proteger o valor absoluto da personalidade humana. Tornar os instrumentos de proteção mais elásticos e específicos, dessa forma, garantiria o chamado “livre exercício da vida de relações”²⁶⁰.

Assim, quando o objeto da tutela é a pessoa humana, obrigatoriamente deve-se reconhecer, em virtude da natureza do interesse protegido, que a pessoa, o ser, constitui concomitantemente o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica a ser analisada quando da configuração de um dano a ser analisado à luz do Direito²⁶¹.

Partindo-se do princípio de que o dano existencial é um dano que atinge os próprios direitos fundamentais em seu conteúdo e bens fundamentais protegidos, deve-se aplicar a lógica de que são essenciais para o mínimo existencial, sendo portanto inalienáveis e indisponíveis²⁶².

²⁵⁹ MORAES, 2003, p. 117-118.

²⁶⁰ MORAES, *Ibidem*, p. 120.

²⁶¹ MORAES, *Op. Cit.*, p 121.

²⁶² Nesse sentido, LORENZETTI, Ricardo Luis, 1998, p. 328 e MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145.

Nesse sentido, o ser humano não estaria autorizado pelo ordenamento jurídico, ainda que desejasse, trabalhar em condições análogas a de escravo, por exemplo. Sua vida e incolumidade física e psíquica são irrenunciáveis, atingindo diretamente sua dignidade.

Nesse sentido, a personalidade seria visualizada como um valor, e não como um direito, não podendo existir um número fechado e restrito de hipóteses tuteladas, pois deixaria de fora as novas manifestações, interesses e exigências das pessoas no contexto as quais inseridas.

2.1.4 O Código Civil como sistema plúrimo de proteção e coerência com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O próprio preâmbulo da Constituição, nesse sentido, revoluciona o sistema de reparação de danos brasileiro, no tocante aos danos a pessoa, quando abrange a pessoa em sua integralidade, abarcando todo um programa integrado para a asseguaração do exercício dos direitos sociais, dos direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, valores supremos em uma sociedade fraterna, plural e despida de preconceitos.²⁶³ Portanto, falar-se de danos existenciais é falar de direitos fundamentais aplicados no âmbito das relações privadas.

Há de se afirmar, inclusive, que o direito à reparação de danos extrapatrimoniais, atentatórios aos direitos de personalidade e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, uma vez incluídos no rol de direitos fundamentais²⁶⁴, enquadra-se nos direitos de prestação do próprio Estado, que deverá promover condições efetivas, preventivas (como políticas públicas, legislativas e inibição do dano) e repressivas (as quais competem precipuamente ao Poder Judiciário) de modo eficaz, que conduz ao status de direito fundamental de segunda geração.

Pode-se claramente perceber, assim, que a pretensão do constituinte fora justamente a de exaltar o personalismo ético²⁶⁵, em oposição ao tradicional e

²⁶³ SANTOS, 2015, p. 4.

²⁶⁴ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

²⁶⁵ Conceito trabalhado por Karl Larenz, salientando que a pessoa em si mesma considerada, passa a ser o conteúdo ético fundamental do direito privado, base de toda uma

exacerbado patrimonialismo que permeava o Direito Privado clássico napoleônico. Rompe-se, assim, a visão do ser humano como mero produtor de riquezas.

O próprio Código Civil de Miguel Reale de 2002, em seus artigos 12 (relacionado a violação de direitos da personalidade), 186 (reparação do dano causado), 944 (indenização compensatória pela extensão do dano), bem como os artigos 948 e 949 (que preveem outras formas de reparação por qualquer outro prejuízo sofrido), prova que está desde a sua gestação na década de setenta *avant la lettre*: todos estes dispositivos não especificam o bem jurídico tutelado, sendo por normas abertas ou em branco, que autorizam o julgador a caracterizar como ilícito todo dano injusto, após a análise do caso concreto de maneira adequada. O dano é constituído como cláusula geral, não havendo um conceito preestabelecido na lei.

A análise de caso torna-se primordial para se adentrar no problema do indivíduo, já que se um juiz ou legislador pudesse uniformizar os direitos aplicando exatamente a mesma decisão sem analisar os pormenores, não havia necessidade de se examinar conflito algum²⁶⁶.

A questão da proteção integral do ser humano exige, assim, um vasto e complexo sistema de proteções integradas de modo a garantir ao máximo possível a integridade física, psíquica e existencial do ser humano, os quais devem ser analisados profundamente.

Para isso, no que tange à responsabilidade civil, faz-se necessária a compreensão de algumas premissas. A primeira delas é em relação aos danos patrimoniais, cujas garantias em regra são no sentido reparatório, embora nem sempre seja possível reparar integralmente um bem material.

Por outro lado, danos extrapatrimoniais jamais poderão ser reparados, uma vez que nada poderá reparar o tempo gasto ou diminuído da vida da pessoa quando da provação de danos ao seu bem estar ou *animus*, e muito menos quando dos desvios da construção de seus projetos de vida. Não obstante, poderão ser compensáveis.

Hoje, o próprio tempo e espaço são considerados relativos, não podendo ser matematicamente mensuráveis de modo absoluto como no passado. Em relação ao ser humano é quase impossível mensurar até mesmo o já reconhecido dano moral.

relação jurídica fundamental. LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 44-45.

²⁶⁶ LORENZETTI, 1998, p. 421.

Daí que se pode deduzir a imensa dificuldade em uma teoria de um bom lastro jus-filosófico.

2.2 DA NECESSIDADE DE CATEGORIZAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL NO BRASIL

Conforme demonstrado, a reforma de pensamento, portanto, faz-se necessária: Com a assunção de uma nova visão, de novos conceitos, da evidência de novos danos, novos potenciais de danos, novos modelos de poder e novos modelos de controle, há de surgir necessariamente, novos modelos de responsabilidade e regulamentação para que se possa viabilizar um equilíbrio do ordenamento jurídico em prol da proteção do indivíduo.

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, X, indique que a todos é garantida a indenização por danos materiais e morais, não significa que unicamente existam danos materiais e morais a serem ressarcidos. O próprio dano à imagem mencionado na Constituição não pode ser lido de modo reducionista, lembrando-se que há a imagem fotografia e a imagem sujeito. Há, portanto, desdobramentos que devem ser visualizados.

Mesmo pelo fato de que há, conforme já debatido anteriormente, a questão da classificação dos danos em materiais e imateriais, patrimoniais e extrapatrimoniais – a questão da tangibilidade diferenciada da questão economicista aplicadora da lógica de mercado.

Conforme será visto na derradeira parte do trabalho adiante, demonstra-se que o dano existencial está sendo aplicado de maneira completamente aleatória no território brasileiro, sem quaisquer critérios ou parâmetros, ora distinguindo-se do dano moral, ora sendo aplicado como sinônimo dessa outra espécie de dano extrapatrimonial.

Conforme será visto, tal ausência de discernimento acerca do instituto acaba por formar decisões teratológicas, formadoras de opinião futura e até mesmo em risco de se sedimentar como entendimento jurisprudencial ou sumulado de caráter vinculante, mas completamente equivocado.

Põe-se em xeque, assim, a justiça e a solução do conflito real de interesses, afora a celeuma jurídica provocada pelos próprios agentes do direito, quando da aplicação equivocada da reparação.

Isso porque, acaso considere o dano moral e o existencial como dano único, provocará a injustiça de configurar como um único objeto atingido a ser compensado, quando na verdade há duas máculas a bens e interesses de natureza distinta. Por outro lado, inviabilizará a possibilidade de repositura da ação pelo dano existencial, uma vez que, considerando dano moral e dano existencial como categoria unificada, configurará coisa julgada material, impedindo a procura do direito violado por parte da vítima. Embarga-se, assim, o próprio acesso à justiça.

Portanto, a partir dessa releitura da dogmática tradicional, prima-se pela necessidade da categorização de outras espécies de danos, balizados por objeto próprio, lógicas e normas próprias, como é o caso do dano existencial.

2.2.1 A possibilidade jurídica da reparação do dano existencial no Brasil: O dano existencial como espécie de dano extrapatrimonial

Dano extrapatrimonial é gênero que comporta inúmeras espécies de danos que atingem bens ou interesses sem conteúdo econômico, não seguindo a lógica econômica ou matemática da diferença patrimonial.

Dentre os danos extrapatrimoniais estão os danos individuais e os coletivos. Esses últimos seriam os danos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tais como danos ao meio ambiente ou à coletividades. Os danos individuais seriam pontuais no que se refere à moral, à estética, e, como apresentado no presente trabalho, ao dano existencial da pessoa enquanto projetora de sua vida no tempo e no espaço ao qual inserida.

Extrapatrimoniais pois se encontram fora do patrimônio, fora da lógica econômica patrimonializante. Tais danos, assim, são privilegiadores do ser, em detrimento do ter. Nesse sentido, a essência de proteção repousa sobre o valor humano absoluto e não sobre objetos economicamente mensurados dos quais pode se apropriar para suprir suas necessidades.

Destaca-se aqui que a esfera extrapatrimonial antecede a esfera patrimonial. Obviamente, para que uma pessoa persiga um determinado bem, ela deve possuir interesse ou necessidade do mesmo, caso contrário não desejará possuí-lo para si. Não possuirá interesse, portanto.

Pois bem. Quando se fala de danos extrapatrimoniais, o ordenamento jurídico deverá garantir que tais interesses sejam preservados e viabilizados em seu

alcance, para que a pessoa possa traçar e perseguir seu projeto de vida através do meio mínimo mais básico: a sua autonomia, ou simplesmente sua liberdade devidamente pautada na sua responsabilidade.

Assim, o ser humano livre e totalmente desimpedido, poderá fazer suas escolhas e praticar suas tentativas, sendo responsabilizado pelos danos que causar a outros seres humanos, ordenado pelo princípio da solidariedade, também baliza da esfera extra patrimonial do indivíduo.

Portanto, antes de se discutir sobre pessoa e/ou o bem do qual ela necessita, deve-se discutir os meios pelos quais poderá alcançá-lo, sendo o interesse justamente a relação jurídica entre sujeito-objeto a qual configura a razão de sua existência.

Essencialmente, portanto, o dano existencial é um dano à vida de relações, ou, em verdade, à própria relação entre o indivíduo e o bem que almeja, mas que para alcançá-lo, deverá haver autonomia, liberdade tutelada pelo direito, configurando o próprio interesse ou necessidade do indivíduo.

Nesse contexto, não se pode afirmar que tais necessidades seriam as mais básicas de sobrevivência, mas sim as mais íntimas do ser humano, para que possa sempre tentar buscar sua felicidade e plenitude, a força vital para que uma pessoa tenha razões para continuar vivendo.

É partindo desse ponto de vista que o direito brasileiro deverá se pautar para que possa aplicar de maneira correta a questão do dano existencial.

2.2.2 Uma visão crítica do reconhecimento jurisprudencial brasileiro: Advento da aplicação do conceito de dano existencial no Brasil

No Brasil, o dano existencial foi incluído na discussão dos tribunais já no início do século XXI no final dos anos 2000, conforme será melhor analisado posteriormente. A partir de então, o estudo do dano existencial no direito brasileiro é realizada de forma tímida e sem parâmetros ou critérios, sendo que, em tal modalidade de dano há má compreensão e mau vezo na aplicação das categorias autônomas de dano.

Com a compreensão incompleta dos conceitos jurídicos básicos, bem como da compreensão incompleta das categorias autônomas no âmbito da

responsabilidade civil, decisões equivocadas, formadoras de precedentes, poderão ter efeitos catastróficos no futuro.

Este é o exato motivo pelo qual autores como Rodolfo Pamplona e Luiz Andrade Junior acabam por defender a impossibilidade da pluralização dos danos, dado que supostamente não se haveria de fracionar os direitos de personalidade, sendo os mesmos a constituição de um valor e não propriamente um direito.

Ocorre que a personalidade pressupõe um leque de direitos e, como tais, são compostos por fato, valor e norma, pela óptica realiana, possuindo meios de realização através dos chamados direitos e interesses juridicamente tutelados. Generalizar danos a ponto de sequer identificar onde e como ocorreu o dano apenas por aplicação teórica e sem critérios é de fato extremamente perigoso.

A banalização do dano moral ou o falso entendimento da indústria do dano moral é por demais alarmante, e sinaliza para a necessidade de uma releitura de tais aspectos, especialmente no ordenamento jurídico contemporâneo, em que o juiz deverá nortear sua atividade de acordo com a Constituição, perseguindo justiça, liberdade e solidarismo, tudo construído sob o pilar da dignidade da pessoa humana.²⁶⁷

A categorização do dano existencial, já considerado nos Tribunais Italianos de forma exaustiva e elucidativa em cada caso concreto como categoria jurídica autônoma, implica no conhecimento e análise de uma série de condutas, tal como ocorreu no período anterior ao reconhecimento da autonomia de outro dano extrapatrimonial, chamado dano estético.

A atual resistência da doutrina e conseqüentemente da jurisprudência em se desapegar dos conceitos engessados e patrimonializados agrava ainda mais o cenário. Como sustentado por Lenio Streck, “o que ocorreu foi a pós-modernidade aprofundar a irracionalidade, aumentar as diferenças sociais e consolidar relações cada vez mais alienadas”²⁶⁸. Sob essa óptica, continua o autor:

O ‘mercado’ brasileiro de Direito gerou demandas/expectativas que não tem mais condições de ser atendidas pelo modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito. Tal modo de produção é, ao mesmo tempo, instituinte e instituído de e por um

²⁶⁷ FACCHINI NETO, Eugenio. **O poder judiciário e sua independência: Uma abordagem de Direito Comparado**. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, ano 3, n. 8, jul/set 2009, p. 122.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 235.

dado campo jurídico, que sustenta as práticas dogmático-jurídicas que não permitem a realização dos direitos sociais e fundamentais.²⁶⁹

Não há de se falar em fundamentações genéricas e sem lastros teóricos e fáticos quando se refere às questões relacionadas ao ser humano²⁷⁰, como se houvesse uma necessidade de se evidenciar expressamente a possibilidade de indenização por outras espécies de danos extrapatrimoniais além do dano moral.

É certo que, dada a prolixidade do sistema jurídico brasileiro, a sensação desta pseudonecessidade da hiperinflação de leis especificando e tipificando danos, torna indiretamente o instituto hermético, concedendo uma falsa sensação de segurança jurídica, embora engessando as possibilidades de interpretação, o que não é mais consentâneo no direito pós-moderno, onde nada escapará do círculo hermenêutico à luz da Constituição da República Brasileira de 1988²⁷¹.

Com essa falsa sensação de segurança, o modelo da subsunção da mera aplicação da letra da lei, na confiança de seu conteúdo como vontade única do Estado cai por terra face às novas necessidades que vão surgindo no cotidiano da pessoa. A necessidade de interpretação faz-se paulatinamente obrigação na aplicação do bom Direito sob uma óptica transdisciplinar.

Nunca conhecimentos ainda que superficiais da medicina, da psicologia, da tecnologia foram tão necessários à aplicação das decisões judiciais. Nunca a aproximação do direito com outros profissionais fora tão premente. Não obstante, não se observa tal preocupação por parte do Poder Judiciário Brasileiro no tocante à aplicabilidade do dano existencial.

²⁶⁹ STRECK, 2004, p. 242.

²⁷⁰ Exemplo de tal situação foi a do caso de uma suspensão de prisão preventiva pelo STF no HC 128.880, sob o argumento da mesma ter sido concedida sob o pálio de fundamentação genérica em uma decisão meramente padronizada em um modelo prévio. Conforme salientado pela Ministra Carmen Lucia, "é a vida de uma pessoa que eles tratam como se fosse papel". MIGALHAS. **STF repreende "copia e cola" e suspende prisão preventiva com fundamentação genérica.** 28 out. 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI229173,41046-STF+repreende+copia+e+cola+e+suspende+prisao+preventiva>> Acesso em: 28 out. 2015. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, pronunciou-se no sentido de que o juízo de origem não indicou elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da prisão. BRASIL. **HC 128.880.** SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+128880.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nr3s7jj>> Acesso em: 28 out. 2015.

²⁷¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58-59.

Há de se considerar o mundo atual, o mundo da ansiedade, da informação, do mundo tecnológico e caótico em que não se esboçaram limites sequer se tenha delimitado o que seria ética no mundo contemporâneo²⁷². As decisões brasileiras sobre o dano existencial as quais foram analisadas jamais levaram em consideração o elemento de fato, a vinculação da relação processual de cunho substancial. Limita-se a replicar conceitos, muitas vezes confusos e unificadores do dano moral.

Com efeito, não há de se falar em direitos fundamentais sem analisar a natureza humana em seu contexto de existência, bem como seu meio ambiente.

Faz-se mister, assim, a sustentação de um aporte ético e existencial na aplicação da responsabilidade por danos injustos, assentado na máxima neokantiana da autodeterminação, aportada na autorresponsabilidade de teóricos da responsabilidade moderna como Hans Jonas²⁷³, que propõe um novo imperativo: “Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra” ou “aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”.

A amostragem das decisões demonstra claramente que não há no momento a aplicação de critérios para caracterizar o dano. Não há aplicação com critérios, nem para a vítima nem para quem irá responder ao dano – Do ponto de vista da vítima o sistema parece operacional, mas sob o ponto de vista de quem vai responder é por demais complexo. Percebe-se que o dever incessante de revisitar conceitos jurídicos que nunca foram revisitados, como o atinente ao conceito de interesse jurídico – base do conceito de direitos existenciais – não está sendo realizado.

É neste contexto caótico que o dano moral, na dinâmica da práxis, confunde-se com outras modalidades de danos à pessoa, fazendo com que tal falta de parâmetros e de conceitos vazios repercutam na própria sociedade.

²⁷² Nas palavras do psiquiatra Augusto Cury, a depressão, último estágio de dor humana corresponde a 20% da população, não obstante, os outros 80% corresponderem em sua esmagadora maioria a síndrome do pensamento acelerado moderno, inserido na sociedade atual – consumista, rápida e estressante, ávida por adequar a todos e condicionar sua existência a utilização de eletrônicos e a exigir uma velocidade absurda nas consecuições do dia a dia, transformando o ser humano numa mera peça do sistema moderno de produção e consumo. Desta forma, adoecemos coletivamente, gerando a sintomas físicos e psíquicos. Desta forma, não há outra forma de se abordar a dignidade da pessoa humana senão a luz deste contexto, a luz das consequências físicas e psíquicas que podem sofrer os seres humanos. CURY: Augusto. **Ansiedade: Como enfrentar o mal do século**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17-20. No mesmo sentido, LEAHY, Robert L. **Livre de ansiedade**. Tradução: Vinicius Figueira. Porto Alegre: Artmed, 2011, pp.13-14.

²⁷³ JONAS, 2006, p. 47-48.

Deve-se prever novos mecanismos para lidar com essa ampliação de modo adequado, atentos sempre a duas preocupações básicas: o (des) estímulo das demandas frívolas e o sacrifício excessivo do réu como falsa condição de proteção à vítima, que provoca verdadeira vitimização da sociedade fazendo surgir o que já foi chamado de *blame culture* (cultura da culpa) ou simplesmente “indústria da indenização”, cuja “matéria prima” é de origem não sociológica embora tenha efeito social, mas sim de origem essencialmente jurídica, em relação ao sistema mercantil ao qual atrelado²⁷⁴.

Não se pode nunca olvidar que a banalização do mal a pior coisa que pode ocorrer na Sociedade. Banalização nunca poderá ser visualizada como normalização e muito menos como normatização do que foi banalizado. Se não houver parâmetros, o que deveria ser utilizado em prol da justiça, de modo mal utilizado poderá servir de instrumento contrário aos interesses do próprio Estado. E pior: contrário aos interesses do próprio ser humano.

Em relação a ausência de limites, conforme Maria Celina de Moraes²⁷⁵ “provavelmente acarretará, a médio prazo, a “desresponsabilização”, e, portanto, a desproteção e o desamparo da dignidade humana, o que não se pode permitir que ocorra.

2.1.3 A problemática da debilidade empírica do antiexistencialismo

A grande crítica que se pode lançar no tocante à objeção do dano existencial é justamente o reducionismo da lógica cartesiana, a qual, presa em um ideal de certezas, ignora a fenomenologia.

Ora, no próprio cerne da filosofia cartesiana repousa a crença da certeza do conhecimento científico, tendo sua natureza essencialmente relacionada à lógica matemática, sendo que, para René Descartes, a grande chave para o universo seria a própria estrutura matemática, inclusive a própria linguagem da natureza²⁷⁶.

²⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. O Futuro da Responsabilidade Civil: Um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade Civil Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 727

²⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**, São Paulo: Atlas, 2008, p. 35.

²⁷⁶ CAPRA; LUISI, 2014, p. 47.

Assim, reduzia-se todos os fenômenos à relações matemáticas exatas, empiricamente comprováveis e palpáveis, desde que postas e analisadas no plano físico. O mundo era visualizado como máquina, sem propósito, vida, espiritualidade na matéria, sendo que a natureza funcionava unicamente pelas leis mecânicas.

Desta forma, descompromissou-se da espiritualização dos próprios seres vivos, vistos como máquinas, acabando por servir de base para o pensamento mercantilista o qual acabou por tornar o ser humano quase que um objeto utilizável para fins de exploração de capital. Tal posição filosófica ficou conhecida como reducionismo cartesiano²⁷⁷.

Assim, a necessidade de categorização através de critérios altamente rigorosos, demonstráveis de maneira exata e evidentes aos olhos humanos forjou a metodologia clássica de fundamentação, dentre outros ramos de conhecimento, da ciência do Direito.

A redução cartesiana já demonstrou-se insuficiente e falaciosa, em muito especial no que tange ao ser humano e ao universo que carrega consigo, não apenas organicamente, como psicologicamente e espiritualmente.

Não obstante, como convenientemente cabível na lógica econômica e utilitarista do capitalismo pós-moderno, a “metáfora da máquina”²⁷⁸ ainda é observada nos dias de hoje quando se analisa, por exemplo, empresas, fazendo com que seres humanos, individualizados que são, tenham que atingir indistintamente metas impostas pela administração, como uma máquina operada por seus controladores.

Essa “máquina”, periodicamente pode ser consertada em tal visão, substituindo as peças as quais não estejam funcionando a contento, ou seja, não estejam alcançando os números almejados. Eis a visão cartesiana aplicada em uma sociedade de capital pós-moderna.

Por outro lado, o ordenamento jurídico avança e garante o conteúdo existencial, atribuindo direitos e garantias fundamentais ao indivíduo por sua humanidade, transcendendo o valor meramente empírico do plano cartesiano.

O plano cartesiano, sob essa óptica, é violador dos direitos fundamentais do ser humano. A lógica reducionista empírica é contrária aos valores existenciais. Daí poder se qualifica-la como antiexistencial.

²⁷⁷ CAPRA; LUISI, 2014, p. 61.

²⁷⁸ CAPRA; LUISI, *Ibidem*, p. 88-89.

Não se há de demonstrar a categorização do dano existencial com números palpáveis ou tangíveis, ou presumi-lo genericamente como uma dor ou angústia que atinja a identidade de bem estar do sujeito.

O dano existencial exige uma análise fenomenológica, inserida na lógica do pensamento sistêmico, das partes para o todo, para a simbiose harmônica em sociedade, introduzindo-se uma nova maneira de pensar, devendo-se obrigatoriamente pensar na conexidade, nas relações e no contexto, não apenas nos padrões, em uma grande rede²⁷⁹.

O próprio conceito de vida e saúde não possuem critérios exatos para serem analisados. E hoje sabe-se que a vida engloba meios para subsistência e também para buscar-se a plenitude e a autorrealização, bem como a saúde jamais pode ser considerada unicamente na visão simplista de ausência de doença.

No âmbito da filosofia do Direito, destaque-se que o positivismo, ao menos hipoteticamente superado pelo pós-positivismo, carregava consigo a lógica reducionista de ser o direito uma mera ciência dos fatos, virando as costas às questões decisivas à uma humanidade genuína, que na visão clássica e crítica do fenomenologista Edmund Husserl, é essencial para dar sentido à vida humana²⁸⁰.

Para o filósofo da fenomenologia, o direito, sob a lógica cartesiana da ciência, não aborda a razão e a não razão, assim como não aborda sobre o ser humano como sujeito da liberdade. Não se pode aplicar a ciência dos corpos, mas a ciência da existência espiritual²⁸¹.

Assim como Capra e Luisi, Husserl apresenta como problema a natureza como universo matemático da lógica cartesiana, não se podendo “tecnizar” a natureza e seus fenômenos.

O conceito mais geral de “transcendental”, para o filósofo, não é atestável de modo documental, não se podendo alcançá-lo pela interpretação imanente dos sistemas singulares ou pela sua comparação, sendo extraído de toda uma historicidade, buscando-se as relações entabuladas²⁸². Deve-se, assim, conhecer-se a essência.

²⁷⁹ CAPRA; LUISI, 2014, p. 93-95.

²⁸⁰ HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 02-03.

²⁸¹ HUSSERL, 2012, p. 03

²⁸² HUSSERL, Op. Cit., p. 79-80.

Desta forma, não há de se conceber a fundamentação do dano existencial pela superada lógica positivista de cunho cartesiano, a qual por sua vez acaba por dar fundamento, ainda que falacioso, aos próprios abusos e violações de direitos de seres humanos e outros direitos extrapatrimoniais, tais quais o direito ambiental, quando inseridos no sistema capitalista e na sociedade de risco dos dias atuais.

Há de se conceber o existencialismo sobre uma releitura não apenas do ordenamento jurídico, mas da própria sociedade, enxergando o ser humano sob o aspecto de sua liberdade, interesses e visualizações.

Assim, há de se considerar obrigatoriamente o elemento humano, a essência da humanidade e do indivíduo como possuidor de desejos para sua realização e felicidade, o que não se pode estabelecer critérios rigorosos ou limitações matemáticas.

Há de se considerar uma universalidade a ser analisada, saindo-se da zona de conforto cartesiana para que se possa superar esse cenário de dificuldades de fundamentação jus-filosófica e então apresentar o dano existencial como categoria jurídica autônoma.

2.3 CONTEÚDO E OBJETO DO DANO EXISTENCIAL A PARTIR DE UMA RELEITURA NECESSÁRIA DOS INTERESSES JURÍDICOS

O dano existencial possui um contexto extremamente vasto, abarcando o âmbito da existência humana, não se podendo afirmar que unicamente serão bens jurídicos atingidos na relação humana. Também serão alcançados seus interesses jurídicos.

Conforme aduzido anteriormente, o projeto de vida que compõe o plano existencial do ser humano constitui um interesse e não um direito, sendo juridicamente garantido ao indivíduo, desde que sua composição seja de interesses lícitos e possíveis, juridicamente tuteláveis.

Sob essa óptica, o dano existencial, portanto, especificamente interesses jurídicos, quiçá bens futuros, são violados, atribuindo uma complexidade e um desafio ainda maior do que em relação ao dano moral no Brasil.

Neste contexto, afinal o que seria interesse tutelado pelo Direito? E como ele configuraria o conteúdo a ser violado no estudo do dano existencial?

A expressão “interesse” não é uma expressão empírica e sim uma expressão lógica. Não é o mundo exterior que impõe necessidades ao ser humano, e sim sua própria razão, utilizada a partir da asseguuração de sua liberdade.

Conforme lecionado por Francesco Carnelutti²⁸³, interesse é uma relação, aspectos da realidade estaticamente considerada, não é um juízo ou axioma. Sob esta óptica equivocada, não haveria guerra dado que seria difícil homens se degladiarem meramente por uma questão de dissídio de opinião.

O interesse, em verdade, é assim deduzido por Carnelutti²⁸⁴ como uma posição favorável para a satisfação de uma necessidade. É, pois, “a relação entre o ente que experimenta a necessidade (homem) e aquele que é capaz de satisfazê-la (bem)”.

Destarte, quando se frustra um interesse, frustra-se o acesso a posição favorável para que se tenha acesso ao próprio bem garantido no ordenamento jurídico como no caso dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Sob este prisma, seria considerado um dano existencial a privação dos meios para se alcançar o próprio bem²⁸⁵, a partir de uma limitação da liberdade do agente.

Assim, quando se alude ao dano, este não estaria atingindo a pessoa ou um bem seu, mas sim seu interesse, pois o que realmente importa seria o que o bem propicia, a utilidade, o prazer, etc. A essência do dano estaria na relação entre um bem e aquele que o usufrui – na relação do interesse que liga o bem à pessoa. O dano não estaria na lesão, mas sim na redução de capacidade de satisfação das necessidades do titular desses mesmos interesses e bens.²⁸⁶

Outro problema de mesma monta a ser pensado é saber quais os interesses são atingidos, uma vez que se esbarra, inclusive, na função social, a questão encartada dentro do contexto globalizado, dentro de uma determinada cultura em um determinado clima dentre outros. Cada particularidade dentro do tempo e espaço formam novas necessidades, e com isso novos bens são abarcados pelo direito,

²⁸³ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 84-87.

²⁸⁴ CARNELUTTI, 2006, p. 87.

²⁸⁵ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Orientação para a tese datada do dia 05 de setembro de 2015.

²⁸⁶ Nesse sentido, ALMEIDA NETO, 2003., p. 6

sendo que formas de se alcançar tais bens vão sendo variáveis dentro de uma determinada sociedade.

A necessidade, assim considerada, é a questão do bem estar, em uma relação de complementariedade. A abstenção do objeto confere uma sensação penosa, e, ao revés, a presença do objeto traz consigo uma sensação de satisfação, complementando a própria vida, a própria existência do ser humano, complementando assim sua força vital e dando-lhe plenitude para o desenvolvimento de sua personalidade e enfim, sua dignidade. É o que Carnelutti chama de estímulo.²⁸⁷

É o que se pode chamar de questão da vontade de viver do ser humano. O que faz o ser humano querer buscar a sua satisfação, sua plenitude, sua felicidade. Todos necessitam muito além de sua fisiologia. Alimentação, ausência de moléstias, experiências, lazer, reprodução, convívio. O homem é um animal político e necessita da relação com demais seres humanos, possuindo interesses para que possa viver de modo pleno.

A cada vontade do ser humano existe uma conduta de estímulo, desestímulo e mesmo de privação para a consecução de suas necessidades. Exemplificadamente: Há uma mulher que deseja ter um filho para satisfazer sua necessidade de ser mãe. Há uma mulher que deseja não ter um filho para satisfazer sua necessidade de não ter uma família para que viva independentemente (conforme seu motivo ou razão de foro interno). Essa mulher, frustrada em seu intento, poderá, inclusive, desenvolver depressão, o desestímulo de viver, dado que frustrado seu projeto de vida.

Quando se fala em dano existencial, há uma influência externa causada por um ato jurídico provocado pela atividade humana capaz de reduzir ou mesmo suprimir a possibilidade abstrata da realização do projeto de vida, como no exemplo dado, desta mesma mulher. Excesso de trabalho imposto pelo empregador, tratamento de saúde equivocado que culminou em sua esterilização.

Todas essas situações, não causadas por caso fortuito ou força maior, mas sim pela atividade humana, devem ser reparadas ainda que sejam oriundas de atividade lícita, como no caso do contrato de trabalho. Isso porque o consentimento

²⁸⁷ CARNELUTTI, 2006, p. 87.

da vítima do dano experimentado não possui opção propriamente dita, devendo-se submeter a privação da possibilidade de conseguir alcançar seu objetivo.

Diferente é a aplicação da teoria da perda de uma chance, conforme já abordado alhures, relacionada a uma probabilidade concreta de vir a ser satisfeita uma necessidade certa e determinada, o dano existencial priva o interesse, a posição de vantagem para o alcance dos bens ou mesmo os próprios bens.

Pense-se na possibilidade de essa mesma mulher ser casada e, pensando em ter filhos, dada uma jornada de 12 a 13 horas por dia, seu casamento sofra um abalo por ausência de paz conjugal e a mesma frustrar-se da possibilidade de ter sua necessidade de ter uma família atendida.

A questão da análise das condições favoráveis para se obter o bem que se almeja para a satisfação de determinada necessidade, portanto, esbarra na sua capacidade de satisfação.

Para Carnelutti, “a capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade”²⁸⁸. Não obstante, não é utilidade no sentido utilitarista, mas sim em um sentido filosófico e transcendental, de satisfação plena do ser humano que poderá encontrar uma paz dentro da satisfação de suas necessidades vitais a partir de suas escolhas dentro de cada histórico.

Não se pode olvidar que cada ser humano é um universo próprio de particularidades e necessidades – a própria psicologia e mesmo psiquiatria concorda com tal afirmação.

Nesse sentido, não seria um utilitarismo no sentido pejorativo da palavra e sim um critério de utilidade, que seria de forma genérica, a capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade. E mais, a questão é de uma necessidade no contexto pelo qual ela seria utilizada – há, portanto, uma relação de nexo nesse sentido: A questão da sensação e impacto que o bem causaria na vida da pessoa.

Exempli gratia, de acordo com a Professora Dra. Pastora Leal²⁸⁹, seria a hipótese de um vestido de noiva pronto somente após a cerimônia, portanto já sem mais utilidade; ou um *buffet* não servido em uma festa de formatura, ainda que entregue posteriormente, não satisfaz mais a necessidade da razão de ser da obrigação que é justamente a festa de comemoração do curso.

²⁸⁸ CARNELUTTI, 2006, p. 87.

²⁸⁹ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Orientação para a elaboração da tese do dia 05 de setembro de 2015.

Desta forma, pode-se afirmar que o critério da utilidade para a análise do dano existencial é primordial para o exame preliminar das necessidades da parte, atingindo interesses e até mesmo bens já conquistados, conforme já se pode evidenciar de forma preliminar.

Destarte, o dano existencial em um primeiro momento, priva do exercício do interesse humano. Não viola o bem em si, mas sim a disponibilidade do interesse do ser. Mas se o ser humano já possuir o bem que lhe satisfaz e por tal privação ele vier a perdê-lo, pode-se dizer da mesma forma que ocorreu o dano existencial.

Ressalta-se aqui que interesse é relação, uma utilidade específica de um ente para outro ente, deve-se ressaltar que a necessidade poderá ser presente ou mesmo futura. Poderá, portanto, ocorrer que o bem sequer exista no presente, mas se poderá ter necessidade dele futuramente.

É justamente dentro dessa necessidade futura que possui o projeto de vida de cada sujeito. Projeto de vida é uma necessidade futura. Posições vantajosas para alcançar potencialmente tais necessidades constituem justamente os interesses a serem tutelados e garantidos para que não ocorra um dano à existência de um ser humano. Exemplos deste projeto de vida é a formação de uma família, uma posição em um bom emprego, obter uma moradia.

Seria a justiça liberal idealizada por John Rawls na sua forma mais pura: O direito a possuir sonhos, a possuir um projeto de vida. A definição de bem para os casos mais simples, assim, deve passar pela avaliação dos planos de vida de cada sujeito, bens esses que devem fazer parte de um plano de vida racional, dentro das liberdades e oportunidades concedidas, que passam por três grandes estágios de definição: interesses, capacidades e circunstâncias²⁹⁰.

Para tal situação, portanto, deverá ser dado o direito de ter sonhos ao indivíduo, não se podendo impor a ele propriamente um padrão obrigatoriamente ou correto. Deve-se ter direito ainda que não se mereça propriamente por ser o sujeito humano. Dentro da doutrina descritiva adotada por Rawls, o autor atribui significado aos juízos de valor, afirmando que o significado descritivo constante do bem explica seu uso quando usado adequadamente.²⁹¹

Os princípios de escolha racional, portanto, perpassam pela questão existencial em John Rawls. Adiantamentos ou adiamentos nos planos de vida são

²⁹⁰ RAWLS, John. **Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 494-495.

²⁹¹ RAWLS, 2008, p. 501.

perfeitamente aceitos, desde que ocorram de modo racional e coerente, mesmo que se admita uma certa carga de sorte.²⁹² Para se chegar a uma meta, é necessário que ocorram etapas.

Portanto, um plano é composto de subplanos devidamente organizados e hierarquizados dentro dos interesses e objetivos e se complementam uns aos outros, tendo-se como características relevantes da situação da pessoa pelas condições gerais da vida humana e quais planos devem ser ajustados.²⁹³

Desta forma, a existência de necessidade ou não na análise do projeto de vida e interesses de um determinado indivíduo deve ser aferida por dedução (viés lógico) e sensação (viés sensorial).

Quando se faz a análise do dano existencial, deve-se analisar o projeto de vida do indivíduo, ao qual se deve dar a oportunidade para o futuro, já que no presente o mesmo pode não ter necessidade de um determinado bem, mas no futuro poderá tê-la, podendo o sujeito valer-se de uma poupança, ou seja, interesse futuro de se ter um bem, em verdadeiros acúmulos de condições favoráveis para o futuro²⁹⁴.

Por obvio, desejos mudam ou ainda sequer se tem condições de conhecê-lo quando ainda no plano do inconsciente. Mas o uso do princípio da abrangência, de base aristotélica, é o que apresenta maiores problemas especialmente no que tange às escolhas de longo prazo, especialmente considerando que o grau de felicidade da pessoa depende, em parte, da proporção de seus objetivos que são alcançados, até o ponto de realização de seus planos e sonhos, aumentados em relação ao princípio da abrangência.²⁹⁵

Conforme já afirmado anteriormente, é inconteste que a sociedade pós-moderna é altamente complexa, que possui uma proteção direta e indireta de interesses, mediante uma relação de dependência. Há, assim, uma interdependência de interesses: públicos e privados, e mesmo *inter privatus*.

A questão é espírito e matéria, dado que as necessidades não são apenas relacionadas com seu aspecto corporal, podendo estarem relacionadas a sentimentos, tais como paixões, desejos e mesmo amor, como por exemplo, o amor sexual que consiste na primeira base do interesse familiar.

²⁹² RAWLS, 2008, p. 506.

²⁹³ RAWLS, *Ibidem.*, p. 508.

²⁹⁴ CARNELUTTI, 2006, p. 88.

²⁹⁵ RAWLS, *Op. Cit.*, p. 511-512.

Pode-se deduzir, portanto, que a noção de interesse é ilimitada, pois há um caráter humano sobre ela²⁹⁶ Mesmo a necessidade de satisfação de interesses de entes não humanos devem ser consideradas, como no caso de animais domésticos, os quais são muitas vezes a razão da existência de um indivíduo, até mesmo como se seu filho fosse, ou acerca da questão do cultivo animal para o interesse futuro para a obtenção e confecção de roupas ou alimentos para o ser humano.

De acordo com Carnelutti,

o único limite relevante para o jurista é o relativo ao caráter humano do interesse, que tem que ter por sujeito um homem. Esse limite deriva, como veremos, do elemento específico do direito, ou seja, o elemento psicológico. Note-se, no entanto, que, assim como existem necessidades mesmo de entes não humanos, do mesmo modo também a noção de interesse em si não é, de maneira nenhuma, restrita às necessidades do homem²⁹⁷.

Compele-se pela isenção cultural, em especial no que tange a economia global. Há ainda de se considerar a questão da economia, dentro do aspecto da realidade, como um complexo de interesses, ou, pelo menos, complexo dos interesses humanos, tal como ocorre forçosamente nos hodiernos períodos de globalização.

Economia, nesse sentido, seria o complexo de interesses e conjunto de bens suficientes para a satisfação das necessidades – É o que se faz para satisfazer às próprias necessidades. Abrangeria, assim, todos os interesses, incluindo o interesse moral. É o mote da posição do gênero dos danos extrapatrimoniais: o prejuízo de tais interesses juridicamente relevantes, mas que devem ser distintos entre si.

A questão é a gestão. Eis que surge o problema do conflito de interesses e a relação entre interesses no âmago da solidariedade e do conflito. Por exemplo, se um homem não comeu ou descansou, não consegue trabalhar e construir sua casa, ou seja, para satisfazer um interesse, ele tem que satisfazer outro²⁹⁸.

Assim, um interesse gera ou cria uma situação de interdependência a outro, tomando como ponto de partida o interesse como uma posição favorável para a consecução do próprio interesse. Para a satisfação do interesse ou de outro interesse

²⁹⁶ CARNELUTTI, 2006, p. 89.

²⁹⁷ CARNELUTTI, *Ibidem*, p. 89-91.

²⁹⁸ Exemplo dado na orientação com a professora Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal no dia 15 de setembro de 2015.

Em relação a bens patrimoniais, existem limitações advindas da lógica da diferença econômica, mas para os extrapatrimoniais inexistem tais limites. O plano moral, estético e existencial possui infinitas possibilidades, as quais não podem seguir a lógica da diferença, e sim a lógica do interesse, a lógica das relações jurídicas estabelecidas pelas necessidades humanas.

Para Carnelutti, o interesse poderá gerar um conflito em uma gravidade muito maior do que se refere os interesses de um mesmo homem. Assim ocorre se duas pessoas tem fome e há alimento apenas para uma, sendo o conflito de interesses germe da desagregação dos entes subjetivos que disputam pela prevalência de seus interesses um em relação ao outro²⁹⁹.

Quando do uso da força para que ocorra tal prevalência, pode-se afirmar que ocorreu o uso da violência³⁰⁰, sendo quase que impossível se vislumbrar violência sem cogitar a possibilidade de uma lesão, lesão essa que pode ser facilmente convertida em um verdadeiro dano injusto, o qual deve ser reparado ou compensado.

O dano existencial, assim, surge da sobreposição de interesses de forma a suprimir a liberdade do lesado, sobre a viabilidade de seu projeto de vida, o que é o cerne do dano existencial.

2.3.1 Da aplicação da responsabilidade subjetiva e possibilidade da admissão do dano existencial objetivo à possibilidade do dano existencial reflexo

Quando do reconhecimento do dano existencial como categoria autônoma, com institutos e premissas próprias, far-se-ia mister a elaboração de um sistema de aplicação dos danos extrapatrimoniais separadamente, no sentido de aplicá-lo não apenas no âmbito da responsabilidade subjetiva, como também na modalidade objetiva e também pensar-se na possibilidade da aplicação do dano existencial reflexo, tal como ocorre na Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

²⁹⁹ CARNELUTTI, 2014, p, 25-26.

³⁰⁰ CARNELUTTI, 2006, p. 94.

Ora, não se pode unicamente vislumbrar a necessidade dos requisitos básicos da responsabilidade civil subjetiva – ilicitude, dano, nexos de causalidade e culpa – para abrir a possibilidade de compensação à vítima lesada³⁰¹.

Como são envolvidos direitos indisponíveis absolutos, há uma presunção de inviolabilidade sobre determinados direitos fundamentais, os quais, irrenunciáveis, podem ser compensados sem a necessidade da aferição de culpa (ainda que essa esteja presente), bastando a observância do nexos e do dano, independentemente da vontade consciente do ofensor³⁰², que assume o risco pela natureza do direito envolvido quando do dano causado à vítima.

Esse seria o caso do empregado que, ainda que *workholic*, não poderá requerer ao seu empregador que lhe atribua trabalho além do limite de seus direitos fundamentais. O empregador não tem o direito de tirar proveito de sua saúde, dentre outros direitos fundamentais indisponíveis, por conta de uma patologia do empregado. Não se poderá esquecer da função social da responsabilidade civil nesse sentido³⁰³.

Ademais, assim como a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, no caso *Loayza versus Peru*, reconheceu direito a indenização da família da vítima pelo dano ao projeto de vida sofrido pela mesma, há de se considerar a possibilidade de ser firmado um sistema de compensação pelo dano reflexo, ou seja, os reflexos danosos sofridos por terceiros em seus efeitos³⁰⁴.

Tal ocorreria, exemplificadamente, no caso da esposa que, uma vez viúva por culpa de quem assassinou seu marido, além da dor experimentada, será privada da relação amorosa cotidiana a qual perduraria por mais tempo.

Em suma, a partir do momento do reconhecimento da autonomia da categoria do dano existencial, é mister reconhecer a aplicabilidade de todo o modelo já existente de interpretação dos danos extra patrimoniais, sempre balizados pelo princípio da proteção integral do ser humano.

³⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 131.

³⁰² Nesse sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 510.

³⁰³ Nesse sentido, TARTUCE, 2011, p. 427.

³⁰⁴ Nesse sentido, CAHALI, Yusef Said. **Dano Moral**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p.116.

2.4 DISTINÇÃO NECESSÁRIA DO DANO EXISTENCIAL DOS DEMAIS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: Da possibilidade de cumulação com outras modalidades de danos

Partindo-se da ideia de que o conceito tradicional de dano moral não conseguia alcançar outros interesses e bens extrapatrimoniais da pessoa humana, de caráter extremamente reducionista, muitos equívocos foram cometidos, como muito bem mencionado por Flaviana Soares³⁰⁵.

Por conta da teoria clássica francesa, o *dommage moral* acabou por resumir todos os danos referentes à esfera patrimonial da pessoa³⁰⁶, teoria essa essencialmente presente no ordenamento jurídico codificado pelo Código napoleônico, que por sua vez influenciou o sistema brasileiro em seu Código Civil de 1916.

Essa visão reducionista, essencialmente assentada na ampla liberdade de mercado, eivou o ordenamento brasileiro com tais ideais. Reduccionismo esse aliado à falta de fundamentação sobre a teoria dos danos, que, além de prejudicar a adequada tutela do instituto, acabou por não alcançar outras dimensões extrapatrimoniais do indivíduo, tão ou mais essenciais e mesmo desastrosas em sua violação do que a própria ilicitude do dano moral³⁰⁷.

A primeira proposta da doutrina, a de alargar o conceito de dano moral, descambou na equivocada ideia de distingui-lo entre dano moral subjetivo, relacionado à intimidade psíquica da pessoa; e dano moral objetivo, relacionado à imagem de uma pessoa perante a sociedade³⁰⁸.

Essa situação causou uma verdadeira explosão dos rótulos relacionados ao dano moral, ora mencionando-se o dano à honra, ora mencionando-se o dano psíquico, mas sempre fundamentados pelo dano moral.

Isso porque os critérios utilizados foram unicamente presuntivos para a aferição do dano moral, extraídos da experiência comum, sem levar em consideração de que o dano moral não afeta diretamente e de forma significativa o

³⁰⁵ SOARES, 2009, p. 97.

³⁰⁶ SOARES, *Ibidem*.

³⁰⁷ Nesse sentido, SOARES, *Op. Cit.*

³⁰⁸ SOARES, *Ibidem*, p. 98.

cotidiano da pessoa, apenas tornando-o mais penoso por conta do padecimento causado pelo desânimo enfrentado pela vítima³⁰⁹.

Portanto, restou evidenciado que não havia condições de se incluir no conceito de dano moral lesões que repercutiram nas relações externas, se o seu conceito exprimir-se na esfera da personalidade³¹⁰.

Desta forma, não haveria outro caminho senão o isolamento dos objetos, bem como a devida categorização dos bens, interesses e relações jurídicas extrapatrimoniais tuteladas, fazendo com que o dano moral se purificasse, dando azo à categorização de novos danos, tal como ocorreu com o dano existencial.

Assim, sendo distintos os objetos mediatos a serem requeridos ocasionados por determinado dano, não se há de alegar unicamente um dano moral cuja indenização seja de caráter exorbitante. Há de se falar na justiça da indenização, a qual deve ter a justa medida de cada violação a bens, interesses ou relações, conforme será visualizado infra.

2.4.1 Dano moral e dano existencial

É curial que se reconheça a dualidade do próprio conceito de dano como natureza e como normatividade³¹¹. Não se pode deduzir unicamente do elemento empírico do mundo fenomênico tal dualidade, uma vez que a própria dor humana não possui muitas vezes uma causa especificada.

Ocorre que há situações em que a própria dor humana é causada por microlesões imperceptíveis, incapazes de justificar um evento único para

³⁰⁹ SOARES, Op. Cit., p. 99.

³¹⁰ Na mesma esteira de raciocínio do direito italiano, SCOGNAMIGLIO, Renato. **II Dano Morale**. *Rivista di diritto civile*, n. 03, 1957, p. 286.

³¹¹ O dano visualizado em seu viés de normatividade amplia significativamente a proteção para o estado de danosidade, sendo possível a indenização inclusive pela mera conduta de um indivíduo em relação a outro. A própria conduta seria danosa acaso potencialmente lesiva para outrem. Tal situação somente é possível quando o dano subcategorizar-se, ganhando status normativo. Esse é o motivo da necessidade de se insistir na normatização do dano. Sobre os novos conceitos e teorias exortados na doutrina estrangeira, especialmente a questão da responsabilidade por dano futuro, bem como no campo da responsabilidade pressuposta embasada na exposição ao perigo, está a teoria do *la mise en danger* desenvolvida desde suas origens italianas do art. 2050 do *Codice Civile* até a análise dos direitos suíço e anglo-saxão realizada por Geneviève Schamps. Nesse sentido, SCHAMPS, Geneviève. **La mise en danger: um concept fundacteur d'un principe général de responsabilité**. Bruxelas: Bruylant e Paris: LGDJ, 1998, p. 27-88; HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 67-70.

simplesmente rotular com um juízo arbitrário e superficial como dano moral. Tal ocorre com o desenvolvimento de síndromes já reconhecidas pela medicina atual.

Pela doutrina clássica, dano moral, conforme já mencionado, configura um abalo na parte anímica da pessoa, capaz de provocar-lhe dor, angústia e demais perturbações em seu estado de bem-estar. Todavia, não configuraria um mero dissabor da vida, mas sim uma real situação de desequilíbrio do bem estar pessoal do indivíduo.

Assim, moral seria o que é de mais valioso para o ser humano, como virtude: Seu bem estar, seu equilíbrio psíquico e emocional. Sendo espécie de dano extrapatrimonial, constitui um valor humano, e não um preço a ser especificado.

Pois bem. Já foi afirmado pela doutrina conceito de dano moral ainda mais geral e preocupante devido seu vazio de especificidade, posto genericamente como uma violação à dignidade humana³¹².

Ora, ao se definir dano moral como sentimento, confunde-se o dano com sua eventual consequência, podendo embasar argumentos falhos, como por exemplo, o de que qualquer dano feriria um bem juridicamente protegido em virtude da dignidade da pessoa humana, supostamente devendo ser considerada a hipótese de dano moral.

Na verdade, o que sustenta o fundamento do dano moral é o abalo ao bem estar do indivíduo originado pelo dano a um direito fundamental, abalo esse transitório capaz de desestabilizar o sentimento do ser humano. Tal pode ocorrer por exemplo, com a perda de um filho, cônjuge ou outro membro da família.

Em relação ao dano existencial, no dizer de Julio Bebbber³¹³

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* – perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital.

Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa; o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O

³¹² Crítica apresentada pela autora MORAES, 2003, p. 131-132.

³¹³ BEBBER, Julio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações**. Revista LTR. Vol. 73 nº 1, janeiro de 2009.

fato injusto que frustra esse destino (impede sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.

Muito além do que esta definição, o dano existencial abarca ausência da possibilidade de escolhas, quebra ou inviabilidade de entabular relações, desvios no cotidiano da pessoa que configuram muito mais do que meros dissabores, mas sim verdadeiros desvios da rotina da vítima que perduram no tempo.

Diferentemente do mero abalo do *animus* da pessoa, o dano existencial a impede de buscar seu projeto, a impede de buscar seus sonhos e sua felicidade, buscas essas garantidas pelo ordenamento jurídico constitucional.

Uma depressão causada por uma grande humilhação sofrida pode ser configurada como dano moral, por conta da dor, do abalo ao *animus* da pessoa e de seu bem estar. No entanto, acaso tal depressão seja considerada incapacitante, a ponto de fazê-la perder o emprego, sua moradia e outros direitos, pode-se caracterizar como dano existencial, sem prejuízo do dano moral ocasionado por toda a dor e mal-estar causado ao indivíduo.

Os bens, interesses e relações, mais uma vez, são completamente distintos, conforme já demonstrado.

Tal distinção possuirá um sentido prático de grande dimensão, em especial no tocante à busca da compensação do dano face ao Estado, quando do acesso ao Poder Judiciário, em busca da justiça, quando de um dano sofrido. Nesse sentido, a distinção passa a possuir viés mais prático do que teórico, conforme será demonstrado a seguir.

2.4.1.1 Sentido prático para a distinção

Primeiramente, não se deve impor limites teóricos, legislativos ou jurisprudenciais à expansão dos novos danos, tampouco limites e tetos às suas compensações³¹⁴. Deve-se identificar os mecanismos de forma adequada e com

³¹⁴ Como ocorre no próprio Superior Tribunal de Justiça no Brasil, embora o mesmo classifique apenas como forma de “facilitar o acesso aos leitores a um número maior de precedentes do STJ”, lembra-se que precedente não se confunde com o conhecimento perfunctório de um determinado caso. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Esclarecimento sobre tabela de precedentes de dano moral**, 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Esclarecimento-sobre-tabela-de-precedentes-de-dano-moral> Acesso em: 24 ago. 2015

critérios determinados, de forma a desenvolver novos mecanismos para lidar de forma mais adequada, com as ampliações do agigantamento do poder privado, das múltiplas faces desse poder e do enorme potencial de lesividade da atualidade pós-moderna, bem como lidar com as novas funções que a aplicação prática da responsabilidade civil propõe a desempenhar.

Para que se possa aplicar a distinção teórica e seu impacto na prática em relação ao dano existencial, faz-se necessário utilizar um exemplo hipotético, partindo-se da lógica de que um único evento provoca diversos resultados, os quais podem e devem, todos, serem passíveis da aplicação da responsabilidade civil.

O dano, nesse sentido, deverá ter dois olhares: O dano evento ou dano causa, que seria a constituição da causa de pedir, em seus fatos e fundamentos jurídicos, bem como o dano resultado, correspondente à totalidade de bens e interesses atingidos, ou prejuízos essencialmente tutelados pelo direito, de forma certa e determinada.

Tais resultados podem ainda se subdividir em uma série de prejuízos à bens e interesses, tais como o projeto de vida da pessoa, sendo que, dessa forma, o resultado, ou efeito do dano evento, acabasse por ter sua projeção diferida e multifacetada.

Há, portanto, efeitos deletérios do dano evento, ou simplesmente evento danoso, que se projetam para o futuro. Cada uma dessas projeções pode abrigar um dano resultado.

Suponha-se que um indivíduo esteja em frente à sua casa quando, após uma discussão fervorosa com seu vizinho embriagado, tenha sido vítima de um atentado pelo uso de fogo ateado em seu corpo como forma de vingança. O agressor jogou-lhe bebida alcoólica e logo em seguida, ateou-lhe fogo, provocando-lhe queimaduras de até terceiro grau, atingindo suas partes genitais, as quais sofreram lesões graves o suficiente para comprometer o uso para as necessidades vitais do indivíduo.

Pois bem. Afora a possibilidade da persecução penal cabível, deve-se analisar a questão da responsabilidade civil no caso apresentado, demonstrando-se, desta forma, a adequada cumulação de pedidos e suas consequências.

Cabe gizar que o atual direito civil constitucional está aportado em uma visão unitária do ordenamento jurídico, sendo seus pontos basilares postos à serviço da realização da dignidade da pessoa humana. Apesar dessa visão partir do direito

italiano, o direito civil constitucional brasileiro cada vez mais apresenta o desenvolvimento de uma produção autêntica³¹⁵.

Destaca-se, nesse contexto garantista, que o dano é evento que configura resultado, devendo-se, portanto, levar em consideração no exemplo citado que um único evento acabou por acarretar vários resultados, tais como o dano ao corpo, que fisicamente foi queimado e modificado em sua anatomia; a internação por um determinado período de semanas ou meses; a vivência da dor e angústia do momento e do tratamento sofrido; a perda das funções orgânicas de sua genitália, provocando problemas ao urinar e a perda de virilidade.

Em relação aos danos patrimoniais, considera-se o dano emergente como todos os gastos acarretados em hospital, transporte, medicação, terapia, todos em virtude da proporção da queimadura sofrida pela vítima.

Ademais, poderá ser requerida ainda a indenização pela modalidade de lucro cessante, todas as demais perdas e prejuízos econômicos por conta do incidente, como por exemplo o período de afastamento do trabalho da vítima, a qual terá fatalmente sua renda e subsistência comprometida.

Por outro lado, no que tange aos danos extrapatrimoniais, da mesma forma há cumulação de ações, pedidos mediatos que corporificam os bens requeridos para si como forma de compensação do dano.

Desta forma, vislumbra-se o dano moral como a completa supressão do bem estar do sujeito, da dor e angústia vivenciada pelo momento em que estava enfrentando as chamas, bem como por todo um tratamento doloroso e sofrido, durante o qual via sua pele danificada e a perda das funções essenciais de suas genitálias.

Da mesma forma pode-se bem visualizar o dano estético que, ainda que não esteja aparente acaso a vítima estiver trajada, está presente como consequência da modificação de sua anatomia, prejudicando completamente a visualização de sua identidade perante a sociedade.

Por último, não se pode deixar de reconhecer que, uma vez categorizado como dano autônomo, pode-se cumular o dano existencial com as demais espécies de dano. Cabe o pedido de dano existencial uma vez que, não prosseguindo com sua vida anterior, perdeu suas funções essenciais e a possibilidade de manter

³¹⁵ Nesse sentido, TARTUCE, 2015, p. 14.

relações com sua esposa, modificando totalmente sua vida de relação com seus interesses, não havendo outra forma senão o prejuízo experimentado, no qual não há qualquer possibilidade de reparação. Tal dano prorroga-se no tempo e contexto da vida do indivíduo, que se vê prejudicado em sua existência por um dano injusto praticado pelo ato inconsequente de seu vizinho.

Tratando-se de cumulação de ações, cada bem jurídico compõe um pedido totalmente autônomo e distinto diretamente relacionado a determinados sujeitos processuais, podendo serem cumulados em uma única ação ou mesmo serem requeridos em ações distintas, sem qualquer reflexo na coisa julgada uma das outras.

Não se deve esquecer que o pedido veicula o objeto do direito de ação, o qual se divide em objeto material, ou mediato e objeto processual ou imediato. Conquanto o objeto imediato que compõe o pedido se refere à tutela processual requerida, no caso da indenização do dano uma tutela condenatória, o objeto mediato se refere ao mérito fornecido, o bem, interesse jurídico ou direito tutelado que se pretenda para satisfazer suas necessidades³¹⁶.

No caso do dano existencial, assim como os demais danos extrapatrimoniais, refere-se a uma cumulação própria do tipo simples, em que se requer ao Poder Judiciário mais de um bem da vida autônomo e delimitado, almejando-se alcançar todos eles, não formando identidade entre si ou litispendência.

Destaca-se que a relação processual é essencialmente substancial, sendo o pedido atrelado diretamente à fundamentação fática. Isso significa que o Poder Judiciário, uma vez entendendo pela ocorrência de dano moral e existencial, poderá concedê-lo, ainda que não tenha sido expressamente requerido, tal como já decidido anteriormente em mesma linha de raciocínio pelo Superior Tribunal de Justiça, ao estimar como admissível a condenação do réu a indenizar dano estético, a despeito da ausência de pedido expresso³¹⁷.

Ademais, tratando-se de demandas distintas, certas e determinadas, não há como se alegar pedido genérico por parte da defesa do causador do dano, tampouco enriquecimento sem causa da vítima, quando, por desconhecimento sobre o assunto, é requerida uma alta quantia unicamente por danos morais, por exemplo.

³¹⁶ Nesse sentido, ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**. 4 ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 156-157.

³¹⁷ Julgado 2ª Turma do STJ, Recurso Especial 68.668-SP. 05.02.1996 Rel. Min. Ari Pargendler DJU, 04.03.1996, citado por ASSIS, 2002, p. 251

Cada dano será devidamente individualizado em sua relação de origem, e assim, viável de ser demonstrada cabalmente a extensão de cada um dos danos e bens afetados, evitando assim qualquer equívoco na identificação e quantificação dos danos.

Nesse sentido, destaca-se que não basta o isolamento do bem ou interesse jurídico tutelado como autônomo, uma vez que a autonomia do dano existencial não é meramente conceitual. Trata-se de uma categoria própria com consequências próprias, especificamente observáveis no âmbito das relações jurídicas entabuladas quando da aferição do dano existencial.

2.4.1.2 A necessidade de análise do aspecto relacional

Para que se possa examinar o projeto existencial de um indivíduo, faz-se necessária a análise de suas relações entabuladas ou potencialmente estabelecidas, dentro do caso concreto ou propriamente como ser humano.

Ao longo de sua vida e no contexto ao qual está inserido, o ser humano, como animal político, deve estabelecer relações para que possa viver em sociedade e mesmo sobreviver. A relação de proteção da família no tocante aos menores; a relação de inserção no mercado para subsistência; a relação íntima para a manutenção de relacionamentos amorosos ou perpetuação da espécie, são todos exemplos de relações firmadas pelas pessoas de acordo com suas necessidades, para que possam atingir os bens almejados em seus planos de vida.

Ainda que não se possa estabelecer um padrão médio generalizante para o projeto de vida do ser humano, em especial quando se alude a seu histórico, seu contexto, seu convívio, há de se poder cogitar a possibilidade dos danos através da exclusão do indesejado.

Como sustentado por Hans Jonas³¹⁸, o que não se deseja é muito mais visível do que o que se almeja. Por causa disso, para investigar o que o indivíduo valorizava em seus próprios interesses, tem-se de se verificar o que seria desastroso ou amedrontador antes do próprio desejo de toda a humanidade.

Assim, não se pode presumir o desejo futuro de um homem de ter filhos, mas se pode presumir como algo não desejável a perda de sua virilidade. Pode não ser

³¹⁸ JONAS, 2006, p. 71.

possível presumir um possível desejo futuro na prática de alguma arte marcial, mas não se presume como desejável a perda de um membro, incapacitando-o para a prática desportiva.

Há, portanto, uma insegurança ou incerteza nas projeções futuras, não obstante deve-se ter a responsabilidade pelos prejuízos causados os quais se protraíam no tempo.

Nesse sentido, deve-se analisar também as relações em potencial para que se possa cogitar a possibilidade do dano existencial. Não se deixa de considerar que o homem, como animal político, não sobrevive em sociedade sem estabelecer relações com outras pessoas ou coisas. A vida é constituída de relações as quais satisfazem o ser humano.

Para se discutir acerca da relação jurídica, deve-se ter como ponto de partida o binômio poder-dever, dois conceitos integrados e complementares em todos os seus níveis, os quais podem combinar-se com as ideias de ônus, obrigação e sujeição do ser humano.

Assim, de acordo com Carnelutti³¹⁹, relação jurídica é a correlação necessária entre o poder e o dever e cada uma de suas espécies, não sendo apenas uma relação social regulada pelo direito, sendo os três pares obrigação-faculdade, direito subjetivo-sujeição e potestas-sujeição como modalidades de relação jurídica.

Um determinado poder, com seu potencial lesivo, pode impor obrigações ou ônus, não apenas como forma de vínculo de cumprimento lícito, como pode causar danos e gravames, limitando a liberdade de um indivíduo, tal qual o ônus ou a obrigação, ou até mesmo a total sujeição da pessoa.

O ônus faz com que não se possa agir sem fazer ou deixar de fazer algo, sendo que na obrigação não pode agir sem que tenha de abrir mão de algo. Sujeição já seria a total impossibilidade de agir, não sendo uma supressão, mas uma total supressão da liberdade do indivíduo³²⁰.

Assim, da total supressão da liberdade do indivíduo, afeta-se a possibilidade do estabelecimento de determinadas relações já mantidas ou que potencialmente poderiam ser iniciadas quando o poder lhe inflige um dano capaz de lhe causar tal sujeição.

³¹⁹ CARNELUTTI, 2006, p. 279-282.

³²⁰ CARNELUTTI, *Ibidem*, p. 277.

Tal situação é visivelmente específica e distinta do dano moral, que atinge a esfera interna do indivíduo, no que tange ao seu bem estar físico e psíquico.

Passa-se assim a mais um exemplo. Quando se retira a virilidade de um homem, além da dor física e psicológica pela perda do membro, parte de suas relações que constituem sua vida é inviabilizada, como a possibilidade de manter uma relação biológica com sua esposa ou fazer suas necessidades vitais da maneira como foi sempre acostumado.

Ou ainda, ao retirar-se as pernas de uma mulher, além de toda dor experimentada, parte de sua relação com o mundo também será modificada, do modo de se transportar, locomover-se, dependendo de cadeira de rodas e pessoas das quais não dependeria acaso continuasse com suas pernas.

Dentro do caso concreto a perda dos membros poderia ser ainda pior, em especial se a vítima fosse praticante de artes marciais, sendo que, desta forma, mais uma relação fora cortada. Quanto maior o número de relações interrompidas ou inviabilizadas, mais importante a verificação do montante a ser compensado.

Reconhecida a autonomia conceitual do dano existencial, pode-se afirmar, portanto, a questão da cumulação de pedidos no Poder Judiciário. Mas a base de tal dano é muito mais profunda, deitando suas raízes na vida de relação das pessoas, que necessariamente deverá ser analisada no caso concreto.

Pode-se afirmar que, na esfera do direito material, ocorre uma ampliação da proteção integral da pessoa, e no âmbito processual, a análise das relações jurídicas danificadas são deduzidas das provas produzidas nos autos, de modo que se possa conferir não apenas a ocorrência do dano, como também e especialmente, sua extensão. Quanto maior os danos às relações, maior seria a compensação.

Sob essa óptica, cada relação embargada, cada interesse posto à sujeição, e não um bem mercantil em si forma um direito de ação próprio, podendo ser requerido em uma única relação processual substancial veiculando várias ações, ou estabelecendo várias relações processuais, sem que uma possa formar coisa julgada em relação a outra.

Não obstante, conforme se pode observar a seguir, os Tribunais brasileiros ainda em muito divergem não somente acerca da natureza jurídica do instituto, como aplicam-no de forma superficial e não raras vezes errônea, motivo pelo qual faz-se iminente a necessidade da consolidação de uma teoria do dano existencial como categoria jurídica autônoma.

3. IMPACTO DO DANO EXISTENCIAL NA JURISPRUDENCIA BRASILEIRA: A ausência de métodos e de critérios pelos Tribunais Brasileiros para sua aplicação

No momento atual em meio à crises estruturais, normativas, éticas e morais pelas quais passa a conjuntura brasileira, deve-se mais do que nunca pôr em foco a necessidade de perpassar pelas teorias críticas do Direito³²¹ para que se possa realizar uma releitura dentro do paradigma constitucionalista, na tentativa de integrar o direito à moral e mesmo à política, bem como integrá-los à finalidade dos direitos fundamentais.

Mesmo porque os direitos fundamentais já não constituem mais uma forma de defesa contra o Estado, mas sim já encontrou guarida e vinculação à própria natureza humana.

A partir de tais premissas, passa-se nesta última parte à análise das decisões nos Tribunais Brasileiros, de modo a verificar quais os critérios utilizados pelos Tribunais, com o objetivo de demonstrar que o dano existencial no Brasil ainda não possui uma doutrina e uma aplicação prática uniforme, o que é capaz de provocar decisões contraditórias, provocando profunda insegurança jurídica, bem como profunda sensação de injustiça dado a impunidade relacionada a referido dano.

Extraiu-se, de 142 decisões pesquisadas dentro da rede mundial de computadores, atualizadas até o mês de fevereiro de 2016, os principais julgados brasileiros relacionados, em ordem de importância, desde onde fora primeiramente aplicado, no âmbito dos Tribunais Laborais, até a justiça comum, selecionando-se, para fins do presente trabalho, as que melhor abordaram o tema, de maneira mais aprofundada, ou ao menos, de forma menos superficial.

Mencionadas decisões ainda se concentram, em maioria, nos Tribunais situados no sul e sudeste do país, embora se possa notar certo crescimento de decisões relacionadas ao dano existencial, nos últimos dois anos, também nos Tribunais do norte e nordeste do país.

O critério de depuração dos filtros da pesquisa da jurisprudência foi a utilização das palavras-chaves que envolviam os termos “dano existencial” e “dano

³²¹ Necessidade essa destacada por ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2004. p. 303-310.

ao projeto de vida”, onde se pôde extrair uma imensa vastidão de conteúdo a ser utilizado para análise crítica para então ser utilizada ou descartada no presente trabalho.

Aplicou-se, nessa situação, o método dedutivo, a partir da aplicação da teoria da decisão judicial no presente caso, quando da extração geral de aspecto quantitativo, para a afirmação de que as decisões estudadas não estavam abordado o tema da forma correta e com a profundidade necessária.

Sob esse aspecto, a crítica passa pelas mudanças legislativas atuais no Estado Brasileiro, em muito especial face ao advento do Novo Código de Processo Civil, Lei Federal nº 13.105 de 2015, que inova revolucionariamente em relação a questão da fundamentação da decisão judicial, bem como a aplicação de um sistema vinculativo de precedentes.

Não obstante, também a utilização do método indutivo foi visivelmente necessária, quando da aplicação do arcabouço teórico já discutido no que se refere a autonomia do dano existencial, tecendo-se cotejos com o objetivo de aperfeiçoamento, desenvolvimento da teoria e a correção de seus julgados *a posteriori*, de forma a se perfazer da melhor forma possível, a aplicação da justiça e a máxima realização da função social da responsabilidade civil dentro desse novo sistema do direito dos danos.

Leva-se em consideração ainda que todo o sistema de responsabilidade civil no Brasil baseia-se em cláusulas gerais, técnica processual de dinamização do direito a qual abre o Direito para o mundo, bem como aumenta visivelmente o poder do magistrado, sujeito do processo que representa o Estado e que possui, por conta disso, imensa responsabilidade perante a sociedade.

Não obstante, poderes pressupõem conjuntamente deveres, para não se tornar arbitrariedade, assim como a liberdade nunca poderá ser visualizada sem responsabilidade pelos danos que possa causar pelo seu exercício. São premissas muitas vezes visivelmente esquecidas no momento da aplicação do sistema de responsabilidade civil ao caso concreto, no tocante ao aspecto repressivo, quando da procura do Poder Judiciário.

No que concerne ao reconhecimento do dano existencial o impacto da mudança é inconteste, justificando-se essencialmente por conta da observância do uso indiscriminado e sem parâmetros dos danos extrapatrimoniais, muitas vezes confundidos genericamente com danos morais, o que acaba por prejudicar a

aplicação correta do instituto, bem como a realização do direito para o ser humano e sua proteção.

Alerta-se, prefacialmente, que o diálogo das fontes é essencial, principalmente levando-se em consideração que o Direito Civil e o Processual aproximaram-se consideravelmente a partir do advento do Código Civil Brasileiro de 2002, e ainda mais, com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, com a adoção de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais.

Assim, de acordo com Flávio Tartuce³²²,

a partir dessa visão, pensamos que não cabe mais tachar o jurista como civilista ou processualista, no sentido de que não é possível que um estudioso de uma área dê pareceres sobre a outra. A formação interdisciplinar afasta qualquer afirmação nesse sentido.

Parte-se do princípio de que todos os ramos do direito público e privado, especificamente o direito e o processo civil, partem de um ponto comum que é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Doutrinariamente, o dano existencial possui tímida aparição no cenário brasileiro, tendo seu expoente máximo na pesquisa de Flávia Rampazzo Soares³²³, publicada no ano de 2009, que exaustivamente vem sendo repetida em estudos e decisões sobre o tema, que ainda precisa ser discutido e analisado de modo mais profundo.

Ademais, tais trechos da obra ainda são mencionados sem muita profundidade ou discussão mínima necessária para fundamentar uma decisão, sendo que, após a vigência do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei Federal 13.105/2015, a exigência de fundamentação exaustiva prevista por exclusão no parágrafo primeiro do artigo 489 de referido diploma legal exige muito mais do que uma mera referência à trechos de lei, jurisprudência anterior ou mesmo doutrina³²⁴.

³²² TARTUCE, Flávio. 2015, p. 282.

³²³ SOARES, 2009.

³²⁴ NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e (oorg.). **CPC referenciado Lei 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do direito, 2015, p. 144-145. Art. 489 [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus

Atenta-se ainda que na exposição de motivos de aludido diploma processual³²⁵, coloca o legislador como objetivo geral do *códex* a harmonia da Constituição da República Federativa do Brasil, suas normas e valores, utilizando-se dos princípios gerais do direito e a aplicabilidade justa de seus valores dentro do caso concreto. Tal abertura principiológica abriu o ordenamento pela possibilidade de uma petição de princípios calcada em cláusulas gerais a serem aplicadas pelo Poder Judiciário.

Não apenas o sistema de responsabilidade é a sentinela do Direito, passando igualmente o Poder Judiciário a exercer função de normatização garantidora dos direitos fundamentais.

Realizados os alertas preliminares, passa-se a análise do dano existencial dentro da teoria da decisão judicial.

3.1 DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS UTILIZADOS NA INTERPRETAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL: Análise das decisões judiciais acerca do dano existencial no Brasil

Como se pode verificar abaixo, utilizando-se do critério quantitativo combinado com o qualitativo, colacionam-se julgados de diversos Tribunais brasileiros, destacam-se os principais equívocos e mesmo completo descaso com a aplicação correta do dano existencial no Brasil por parte de advogados, que não especificam o pedido tal como deveriam violando o imperativo do pedido ser certo e determinado³²⁶, bem como por parte dos tribunais, que sequer possuem critério de

fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. De acordo com o Enunciado n.º 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 499 são exemplificativas, cabendo ao Tribunal declarar a nulidade da decisão considerada não fundamentada.

³²⁵ NUNES; SILVA, 2015, p. 14.

³²⁶ Afora as exceções legais previstas no parágrafo primeiro do artigo 324 do Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, nos casos relacionados à ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu, o pedido deve ser certo e determinado, ou seja, não apenas se devendo requerer a categoria jurídica pretendida, mas também seu quantum a ser julgado. NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e (oorg.), 2015, p. 109-110.

aplicação e fundamentação em sua aplicação dentro de um determinado caso concreto.

Desta forma, um pedido genérico de responsabilidade por danos extrapatrimoniais, em um primeiro momento, deveria fazer com que o magistrado, ao perceber tal inépcia, ordenasse a intimação do advogado da parte autora para que o mesmo emendasse sua petição inicial no sentido de especificar quais modalidades de danos extrapatrimoniais e quais os seus respectivos montantes.

Não obstante, ao admitir tal pedido genérico, compromete-se em unificar todo um universo de danos extrapatrimoniais em uma só categoria, em geral coincida erroneamente como dano moral.

O que se pode deduzir é que em grande parte, há um esquecimento de que o Poder Judiciário hoje é uma importante fonte do Direito, uma vez que, uma vez atribuídos os poderes das cláusulas gerais, detém o poder de criar a norma a ser aplicada.

Assim, pode-se afirmar que o Poder Judiciário possui o poder de normatividade, de criar, modificar e extinguir relações jurídicas, não apenas processuais, como materiais. Deve-se lembrar que, ao condenar um determinado sujeito, cria-se uma obrigação a ser posta em execução forçada. Ademais, escolhe a melhor interpretação a ser de caráter vinculatório para o futuro.

Conforme destacado por Luiz Guilherme Marinoni³²⁷:

Para se compreender o conceito de sentença condenatória é preciso tomar em conta os valores do momento em que foi concebido. [...] o direito liberal, para dar concretude a um princípio completamente artificial – o da abstração das pessoas e bens – , limitava-se a exprimir a equivalência das mercadorias. Nesse sentido, bastava a tutela pelo equivalente ou ressarcitória em dinheiro, pois o processo objetivava apenas dar normal funcionamento ao mercado. [...] No entanto, quando se fixa a correlação entre a condenação e os meios de execução, pretende-se, fundamentalmente, demonstrar a forma pela qual a sentença pode atuar para modificar os fatos.

Não obstante, na atualidade, o processo, classicamente tido como instrumento de realização política, jurídica e social³²⁸ faz com que a sentença que

³²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49

³²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

não seja “adequada à prestação da tutela específica ou capaz de atender às diferentes necessidades das pessoas e dos direitos, acaba por ‘igualizar’ a própria prestação jurisdicional, o que era o desejo do liberalismo”³²⁹.

Pode-se perceber a importância da atividade judicante à medida que, “ao decidir, o juiz deve ter a percepção de que não o faz apenas para as partes, mas também para a sociedade”³³⁰.

A responsabilidade do Poder Judiciário, sob este ângulo, é diretamente vinculada à vida dos jurisdicionados, pessoas detentoras de dignidade e humanidade, ou seja, de caráter existencial. Não são meros sujeitos abstratos. Possui, portanto, poder, e conseqüentemente, dever de aplicar a norma na conformidade do ordenamento jurídico.

Não se há de concordar com a unificação do ilícito como ressarcimento unicamente em dinheiro, nem como unificar os danos pela lógica patrimonial. tal unificação repercutiu diretamente no direito processual civil, sendo paulatinamente quebrada pelo reconhecimento dos danos extrapatrimoniais, fazendo com que a insensibilidade do processo para a prevenção do direito³³¹ fosse reanalisada, de maneira a introduzir tutelas tais como a inibitória no ordenamento jurídico brasileiro³³².

Destaque-se que, no que tange à categoria específica do dano existencial como espécie de dano extrapatrimonial, incluída na última década em decisões no Brasil, ocorre uma maior frequência no âmbito da justiça laboral. Na justiça comum, há uma observância maior dentro dos últimos dois anos, a saber, nos anos de 2013 a 2015.

3.1.1 Do primórdio do dano existencial no Brasil: Análise das decisões da Justiça do Trabalho sobre o dano existencial

Inicia-se, portanto, uma análise à luz dos tribunais laborais, dado ser o pioneiro a aplicar o tema, bem como o que com maior frequência analisa a questão sobre tal dano e com maior preocupação de uma tentativa de especificação.

³²⁹ MARINONI, 2010, p. 50.

³³⁰ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 136.

³³¹ MARINONI, Op. Cit., p. 54.

³³² MARINONI, *Ibidem*, p. 189.

A preocupação sobre a realização da dignidade da pessoa humana, bem como da aplicação transdisciplinar para a realização do bem estar do ser é bem mais visível nestes tribunais.

O tema do dano existencial foi mencionado pela primeira vez na Justiça do Trabalho no tocante ao dano causado pela sobrejornada laboral pela prática exploratória sobre o indivíduo hipossuficiente que necessita do salário para sua subsistência mínima.

Isso porque visivelmente a jornada excessiva, acima dos limites tolerados pelo legislador, provoca uma ruptura das viabilidades do ser desenvolver seu projeto de vida de maneira digna, e não apenas para a sobrevivência do mínimo existencial, continuando a ser uma mera peça de um grande maquinário.

Não obstante, deve-se destacar que outros casos ainda não de ser analisados, como, por exemplo, a questão do assédio moral como forma de provocar microlesões diárias a ponto de causar doenças ao trabalhador as quais podem deixa-lo incapacitado não apenas para a vida laboral, o que seria configurado como um dano patrimonial, como também incapacitado de estabelecer relações com outras pessoas, cujos interesses variam de amizade, amorosos ou qualquer outra vida de relação para que se possa manter um projeto de vida.

Tal compensação não seria a mesma do dano moral, cuja dor nem sempre pode causar tal desdobramento em relação à doenças degenerativas ou incapacitantes, capazes de atingir não apenas o bem estar, como a vida de relação do indivíduo.

3.1.1.1 Do Tribunal Superior do Trabalho

Em relação ao Tribunal Superior do Trabalho a matéria está longe de ser unívoca, e em muitos casos ganha um ar meramente reprodutivo de conceitos vagos e mesmo mal empregados, como se pode observar em decisão proferida em maio de 2015, quando da análise da sobrejornada aplicada a um trabalhador, onde a Turma entendeu não haver prejuízo comprovado, além de genericamente trabalhar tal dano como dano imaterial:

TST - RECURSO DE REVISTA: RR 14439420125150010³³³

Processo número RR 14439420125150010 4T

Relatora: Maria de Assis Calsing. 15/04/2015

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO.

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO.

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. [...] a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é "in re ipsa", de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. [...] (grifos próprios)³³⁴

Como se pode observar no presente julgado, o dano existencial está longe de ser analisado em sua profundidade, sendo genericamente colocado como dano ou limitação a sua vida fora do ambiente de trabalho em razão da conduta ilícita por parte do empregador, impedindo de praticar diversas atividades.

Sequer alcança a possibilidade de um dano originado por um abuso de direito por parte do empregador e a submissão do empregado que, supostamente pudesse dar o consentimento para que tal abuso viesse a ocorrer, danificando a saúde física e mental do trabalhador.

³³³ JUSBRASIL. **TST - RECURSO DE REVISTA: RR 14439420125150010**. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182343323/recurso-de-revista-rr-14439420125150010>> Acesso em: 20 ago. 2015.

³³⁴ No mesmo sentido no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, relatora Desembargadora Rosane Serafini Casanova JUSBRASIL. **RO 00215951120145040331 RS 0021595-11.2014.5.04.0331**. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 1ª Turma. Disponível em <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236021844/recurso-ordinario-ro-215951120145040331-rs-0021595-1120145040331/inteiro-teor-236021867>> Acesso em: 12 out. 2015; JUSBRASIL. **RO 00206062520145040292 RS**. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 4ª Turma. Relatora Desembargadora Rosane Serafini Casanova. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236020727/recurso-ordinario-ro-206062520145040292-rs-0020606-2520145040292/inteiro-teor-236020746>> Acesso em: 12 out. 2015; JUSBRASIL. **RO PROCESSO nº 0020339-17.2014.5.04.0013**. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 8ª Turma. Relator Desembargadora Ângela Rosi Almeida Chapper. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234210503/recurso-ordinario-ro-203391720145040013-rs-0020339-1720145040013/inteiro-teor-234210510>> Acesso em: 12 out. 2015.

A própria jornada excessiva já fora vista como assédio moral, sendo sua pura verificação passível de desestabilizar o empregado forçando-o a desistir do emprego ou ver sua saúde em risco.³³⁵

Muito embora tais decisões classifiquem o tema genericamente como espécie de dano imaterial, sequer é citada a questão da violação de direitos da personalidade, surgindo a indagação se de fato o conceito de dano existencial está sendo entendido da maneira correta.

Ademais, a decisão ainda não aceita que o dano existencial possa comportar a modalidade *in re ipsa*, exigindo que o trabalhador (parte vulnerável e hipossuficiente da relação) comprove, *in casu*, o prejuízo em sua vida sofrido, relacionado aos seus próprios direitos de personalidade, fundamentais para a realização de sua personalidade humana³³⁶.

Ora, a questão em tal situação seria sobre a quantidade de violação, e não sobre a sua configuração. É inconteste que um empregado submetido a uma atividade extenuante fora dos limites legais, bem como fora de seu consentimento adequadamente formalizado, tem prejuízo em sua rotina e em seus interesses em seu projeto de vida, ainda que por um período limitado.

A questão não seria a configuração, mas sim a quantificação. Eis que se poderia cogitar a hipótese de dano *in re ipsa*, pela força dos próprios fatos. Ademais, pela teoria da substanciação adotada no Brasil³³⁷, o magistrado estaria vinculado

³³⁵ Nesse sentido, BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: Educ, 2000.

³³⁶ No mesmo sentido, a 4ª Turma decidiu de mesma forma por outras ocasiões, como no caso do Processo número RR 1548020135040016 4T Relator João Oreste Dalazen 04/03/2015. JUSBRASIL. **TST - RECURSO DE REVISTA: RR 1548020135040016**. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178796529/recurso-de-revista-rr-1548020135040016>> Acesso em: 15 ago. 2015; bem como a 11ª Turma do Tribunal Regional da Segunda Região, JUSBRASIL. **RO 00005693320145020065 SP 00005693320145020065 A28**. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Relator desembargador Sérgio Roberto Rodrigues. 11 T. Disponível em <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158604853/recurso-ordinario-em-rito-sumarissimo-ro-5693320145020065-sp-00005693320145020065-a28>> Acesso em: 14 ago. 2015.

³³⁷ Nesse sentido, para Fredie Didier Junior, essa teoria implica a necessidade da demonstração do fato jurídico e a relação dele decorrente, sendo que a pluralidade de fatos e efeitos implicará na pluralidade de demandas. Por outro lado, cabe, de mesma forma, causa de pedir composta, ocasião em que vários fatos acabam culminando em uma única pretensão. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17 ed. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 552. É a ocasião, *verbi gratia*, de uma pessoa humilhada por muitos anos por seu ex companheiro ou companheira, ajuizando posteriormente, por conta dos diversos atos lesivos, um único pedido de dano moral ou existencial. Deve-se, assim,

aos fatos e ao pedido, examinando cabalmente a situação do empregado, hipossuficiente, e perfazendo a justiça no caso concreto, a qual abarcaria a proteção integral do trabalhador, ao máximo de bens tutelados possíveis.

Em outra ocasião, em sede de Recurso de Revista³³⁸, a mesma turma pronunciou-se no mesmo sentido, cujos trechos valem a pena serem destacados, em que, embora reconhecendo corretamente a noção geral do que seria o dano existencial, bem como reconhecendo o abuso e os excessos relacionados a sobrejornada de não possuir férias há dez anos (frise-se: dez anos!), insiste no erro de não aplicar o dano existencial por ausência de demonstração do que seria óbvio e evidente, além de vincular o viés econômico ao dano extrapatrimonial, mencionando um patrimônio jurídico personalíssimo. Ademais, confunde o dano existencial com o dano moral, conforme se pode observar *In verbis*:

[...] O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte: "[...]. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.- (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir,

novamente, separar o dano evento (fato) com o dano resultado (bem ou interesse jurídico atingido).

³³⁸JUSBRASIL. **RECURSO DE REVISTA: RR 3545920135240007**. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234216911/recurso-de-revista-rr-3545920135240007/inteiro-teor-234216929>> Acesso em: 12 out. 2015; e também, no mesmo sentido em denegar o dano existencial pelo entendimento da necessidade de comprovação do dano ao projeto de vida em caso de sobrelabor, JUSBRASIL. **TST: ARR 764620145230041**. Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Turma. Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234230014/arr-764620145230041/inteiro-teor-234230033>> Acesso em: 12 out. 2015.

ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a Reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da Reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da Reclamante. [...] Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve se perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo à sua dignidade humana ou à sua personalidade, no âmbito de suas relações sociais. Verifica-se que, em especial, o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, por prejudicar o seu desenvolvimento pessoal e as relações sociais. Na hipótese dos autos, o que se observa é que o regional, mantendo o entendimento adotado na sentença, declarou inválido o regime de jornada adotado pelo Empregador. Apesar da conduta reprovável dos Reclamados, in casu, não ficou demonstrado que o Autor tenha deixado de realizar outras atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais. Assevere-se que o dano existencial não pode ser presumido e, repise-se, não existindo demonstração cabal do prejuízo, não há de se falar em condenação ao pagamento da indenização vindicada.[...] (grifos próprios)

Conclui-se, portanto, que não há de se falar em provas sobre a ausência de férias por um período de dez anos, e não apenas dez dias ou semanas. Um ano já é tempo suficiente para mudar a vida e rotina de uma pessoa, embora se admita que não há um tempo a ser prefixado. A decisão não leva em consideração a própria natureza humana, admitindo assim provas diabólicas³³⁹ acerca de tal necessidade de comprovação por parte do empregado.

³³⁹ Provas diabólicas, *probatio diabolica* ou *devil's proof*, assim tidas com as muito difíceis ou impossíveis de serem provadas pela parte interessada. Também chamada simplesmente como prova difícil por parte de quem detivesse o ônus da prova dentro do sistema estático ou fixo. Nesse sentido, SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 149-171. Tais provas são combatidas no sistema jurídico brasileiro, em especial com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei Federal 13.105/2015, no artigo 373 em seu parágrafo primeiro, que prevê: Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o

Em outra decisão, em entendimento diverso ao anterior, com maior preocupação e zelo na aplicação da categoria do dano existencial, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu, em sede de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, pela manutenção de decisão que concedeu indenização por danos existenciais decorrentes da jornada excessiva, configurando conduta ilícita por abuso do direito, em relação a um empregado de uma rede de supermercados. De relatoria do Ministro Walmir Oliveira da Costa, abaixo colaciona-se a importante decisão quase na íntegra para que se deduza a devida compreensão³⁴⁰:

faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. NUNES; SILVA, 2015, p. 124.

³⁴⁰ JUSBRASIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 163820125040020. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/229776508/agravo-de-instrumento-em-recurso-de- revista-airr-163820125040020/inteiro-teor-229776513>> Acesso em: 15 set. 2015. A decisão continua em sua fundamentação, na mesma linha de raciocínio: A matéria aqui debatida, relativamente ao dano existencial por prática abusiva do empregador que atenta contra direito fundamental do empregado, vem ganhando destaque também em outras Regiões, como no artigo do Juiz da 2ª Vara do Trabalho de Araraquara (SP), José Antônio R. de Oliveira Silva: (...) De fato, o direito à saúde do trabalhador, como espécie da saúde em geral, é um direito humano. Por isso, é um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável. É um direito natural de todos os trabalhadores, em todos os tempos e lugares, ainda que sua positivação tenha ocorrido tardiamente. Se a saúde do trabalhador é algo inerente a ele, imanente, em respeito à sua dignidade essencial, inclusive para uma boa prestação de serviços ao empregador, trata-se de um direito natural, pois intrínseco à conformação de sua personalidade e de seu desenvolvimento como pessoa. É um direito imprescindível para o trabalhador. Essa é, portanto, sua natureza jurídica: trata-se de um direito humano, fundamental ou não, ou seja, positivado nas constituições de cada país ou não, não havendo qualquer necessidade de outras adjetivações. De modo que assim se insere no continente maior dos direitos humanos, como conteúdo deles, vale dizer, como um dos valores fundamentais do sistema jurídico, sem o qual a dignidade da pessoa humana estará seriamente ameaçada. (...) (Revista LTr, 76-10, outubro de 2012/1189). Com profundidade e extrema preocupação, a questão aqui examinada é abordada pelos colegas Altamiro Borges e Antônia Mara Vieira Loguercio - na obra *Questões Polêmicas sobre a Jornada de Trabalho* (NOTADEZ HS EDITORA, p. 47). Os autores examinam o tema da jornada de trabalho sob o enfoque da necessidade de uma limitação de carga horária para permitir ao trabalhador viver em comunidade. Neste aspecto, fazem a citação da assertiva de Marx, que enfrentou o estudo do desequilíbrio entre a força do capital e o trabalho: Mas, em seu impulso cego, desmedido, em sua voracidade por trabalho excedente, viola o capital os limites extremos, físicos e morais, da jornada de trabalho. Usurpa o tempo que deve pertencer ao crescimento, ao desenvolvimento, e à saúde do corpo. Rouba o tempo necessário para se respirar ar puro e absorver a luz do sol. De extrema relevância, ainda, destaco artigo escrito por Rodrigo Maia Santos, Advogado Baiano, com o título -" O Excesso de Jornada como Ofensa ao Direito ao Lazer ". Ressalta o direito ao lazer como um direito humano fundamental, assegurado constitucionalmente (art. 6º), que afeta diretamente a relação de trabalho. Assim, a prorrogação excessiva da jornada de trabalho justifica a indenização compensatória pelo dano causado. Conclui, no artigo, tratar-se de desrespeito aos limites previstos no ordenamento jurídico, de ato ilícito, por ser excessiva a extrapolação. Reputo interessante acrescentar estudo consignado na obra escrita por Irary Ferrari e Melchiades Rodrigues Martins, *Dano Moral. Múltiplos Aspectos nas Relações de Trabalho* (4ª ed., LTr

**[...] DURAÇÃO DO TRABALHO / HORAS EXTRAS.
RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR/ EMPREGADO /
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.**

A Turma manteve a condenação ao pagamento de indenização por danos existenciais em virtude da jornada excessiva, assim fundamentando, "A reclamante foi admitida, em 04 de abril de 2011, para exercer a função de Operadora de Caixa. O Juízo de primeiro grau concluiu pela rescisão indireta como causa de extinção do contrato de trabalho, tendo a reclamada procedido à baixa na CTPS da autora com a data de 29 de dezembro de 2011, pela projeção do aviso prévio [...] Dessa forma, evidente que a prática lesiva aos valores sociais do trabalho, acaba interferindo de maneira negativa na esfera existencial do empregado. Incontroverso que a extensa jornada de trabalho a que estava submetida a autora é prejudicial à saúde. A situação causa inegável constrangimento social e abalo psicológico à pessoa do trabalhador, decorrente do estresse físico e emocional, pois prejudicado no exercício de direitos fundamentais. A conduta ilícita do empregador, ao desrespeitar o exercício de direitos assegurados pela Constituição Federal, em seu Capítulo II, DOS DIREITOS SOCIAIS, art. 6º, notadamente o direito à saúde e ao lazer, autoriza o deferimento de indenização compensatória. Ressalto que, ao poder de comando ou poder diretivo do empregador, contrapõem-se limites traçados pelo ordenamento jurídico, de modo a impedir contornos de arbitrariedade patronal. Vale dizer que qualquer empreendimento ou organização empresarial deve respeitar as condições mínimas de proteção ao trabalhador, sob pena de configurar abuso de direito. Assim, os direitos fundamentais servem como um parâmetro e um balizador na preservação do princípio da igualdade face aos atos discriminatórios. Nesta linha, a exigência de jornadas extremas a um determinado grupo de trabalhadores reveste-se de brutal ato discriminatório em relação ao restante da coletividade, que exerce suas atividades laborais dentro dos limites aceitáveis como razoável e justo. Trata-se de matéria que recebe atenção especial dos operadores do Direito. No âmbito deste Tribunal, destaco notável acórdão da lavra do Des. José Felipe Ledur ao assim ementar: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa

75, p. 641), relativamente ao dano moral e ao poder diretivo do empregador.[...] Ademais, ressalto que a reclamada em questão, a WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA., é contumaz em descumprir as obrigações trabalhistas, possuindo contra si um sem-número de processos trabalhistas nos quais há discussão acerca da jornada excessiva a que submetem seus empregados, em total desrespeito aos direitos mínimos previstos na Constituição Federal [...]

Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido. (TRT da 4ª Região, 1ª. Turma, 0001137-93.2010.5.04.0013 RO, em 16/05/2012, Desembargador José Felipe Ledur - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Juiz Convocado José Cesário Figueiredo Teixeira). Presentes, portanto, os pressupostos necessários à responsabilização da reclamada faz jus a reclamante ao pagamento da indenização pretendida, conforme determinado pelo Juízo de origem, inclusive quanto ao montante indenizatório. De acordo com a sentença: A mera condenação ao pagamento das horas extras, além de não reparar o dano extrapatrimonial sofrido, não contém, ainda, o necessário caráter pedagógico que a indenização aqui deferida deve conter, a fim de evitar que a WMS continue a praticar a conduta que, além de ilícita por desrespeitar o direito individual do trabalhador configura um mal social e uma prática predatória ao próprio sistema capitalista, por configurar concorrência desleal em relação aos demais empregadores que respeitam os direitos fundamentais de seus trabalhadores, podendo ser caracterizado, inclusive, como dumping social (fl. 61-62). Certo é que na fixação do quantum pode o Julgador considerar, entre outros, aspectos relacionados à intensidade da culpa, à relevância do bem jurídico protegido, ao grau de sofrimento de um homem médio em relação ao dano, aos reflexos do prejuízo na vida pessoal e social do lesado, bem como à situação econômica e social das partes envolvidas. [...]

Embora cometendo alguns equívocos, tais como generalizar direitos imateriais e extrapatrimoniais, pode-se bem perceber que tal decisão curou-se em debruçar-se do caso, analisando desde a conduta ilícita configuradora do dano, bem como quanto aos aspectos multifacetados do dano em seus efeitos a partir de um evento danoso, qual seja, a sobrejornada laboral.

Ademais, preocupou-se em configurar o dano em sua exata categorização, utilizando corretamente os critérios de análise sobre a relação envolvida na *causa petendi*, bem como os prejuízos da vida de relação da vítima.

Nesse sentido, o Tribunal necessita revisitar seu entendimento sobre o dano existencial, mas acima de tudo, discutir profundamente o alcance do instituto, de maneira a consolidar não apenas jurisprudência, mas verdadeiro precedente sobre o assunto, bem como os parâmetros de aplicação na justiça do trabalho.

Deve, acima de tudo, aplicar a indenização pelo dano existencial como forma de garantir a dignidade do trabalhador, e, por consequência, seus direitos fundamentais mais básicos e suas necessidades humanas de cunho existencial.

3.1.1.2 Dos Tribunais Regionais do Trabalho

De início, é necessário destacar que a escolha dos julgados dos tribunais regionais da 1ª, 4ª e 18ª região a serem analisados de forma mais aprofundada na elaboração desta tese foram selecionadas com base no critério de amostragem, extraídas de decisões de caráter repetitivo, em que se pode perceber uma menção direta a outros julgados sem realizar uma análise mais adequada ao caso concreto ao qual estariam jungidos em seus julgamentos.

Não obstante, merece destaque o primeiro Acórdão relacionado ao tema, conforme será visto adiante, da lavra do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, prolatada em fevereiro de 2016.

Assim, em sede de tribunais regionais do trabalho, começa-se pela 4ª Região, uma das pioneiras em relação ao esforço sobre a aplicabilidade da categoria do dano existencial como forma de dano autônomo em relação ao dano moral.

Contrariando quase toda uma tradição de negar o dano existencial por ausência de comprovação de lesão ao projeto de vida de um indivíduo, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região posicionou-se, ainda que que superficialmente, no seguinte sentido, em 15 de setembro de 2015, sob relatoria de da Desembargadora do Trabalho Maria Madalena Telesca³⁴¹:

RO 00000407320145040383 RS 0000040-73.2014.5.04.0383
INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DANO EXISTENCIAL.
EXTENSA JORNADA DE TRABALHO.

A prática de extensa jornada de trabalho por parte do empregado acarreta dano existencial, na medida em que impede o trabalhador de usufruir dos outros direitos sociais que lhe são garantidos constitucionalmente, quais sejam a saúde e o lazer, prejudicando o seu convívio amoroso, familiar e social. Recurso da reclamada ao qual se nega provimento.

Pode-se perceber, assim, que ainda que ocorra divergência jurisprudencial, o tema ainda deverá ser debatido à exaustão para que não se inicie um ciclo de insegurança jurídica e de mau vezo da própria categoria do dano existencial, tal

³⁴¹ JUSBRASIL. **RO 00000407320145040383 RS 0000040-73.2014.5.04.0383**. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234220549/recurso-ordinario-ro-407320145040383-rs-0000040-7320145040383>> Acesso em: 12 out, 2015.

como ocorre com o dano moral pela sua má compreensão, como se pode observar dos demais casos trazidos à colação.

Nesse julgado, pode-se perceber a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva, no sentido de que a prática da extensa jornada de trabalho em si já configura o dano existencial. Contudo, deve-se atentar que a análise deveria ser mais criteriosa, mesmo pela aplicabilidade no caso concreto, para uma questão de justiça.

Frisa-se que não basta o mero reconhecimento dos danos, mas sim devem-se ser pensados no critérios de aplicação. Eis então mais um passo a ser tomado adiante.

Nesse sentido, pode-se afirmar que tal esforço para a correta aplicabilidade da categoria no caso concreto de fato é discutida pelos Tribunais. Prosseguindo com a análise dos casos relacionados às cortes laborais, a 9ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em um sinal de certo grau de aprofundamento doutrinário assim decidiu:

**TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO : RO 00121403320135010204 RJ
9T³⁴²**

**RECURSO ORDINÁRIO. DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL.
RO 00121403320135010204 RJ**

Relatora CLAUDIA DE SOUZA GOMES FREIRE 09/06/2015.

RECURSO ORDINÁRIO. DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL.

Dano existencial caracteriza-se quando há prova contundente de que o empregado sofreu prejuízo na sua vida fora dos limites do ambiente de trabalho, em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador. [...]

Como se pode depreender, em semelhante análise a 4ª Turma de referido Tribunal, considera-se dano existencial um prejuízo genericamente considerado na vida fora do ambiente de trabalho do empregado, em relação a condutas ilícitas do empregador, mas que, sob tal entendimento, exigindo prova cabal de tal prejuízo, confirmando que não há um estudo mais aprofundado de referido Tribunal em relação ao que seria o dano existencial bem como seus critérios e parâmetros de aplicabilidade.

³⁴² JUSBRASIL. **TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO: RO 00121403320135010204**. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Disponível em <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/206631035/recurso-ordinario-ro-121403320135010204-rj>> Acesso em: 15 ago. 2015.

Por outro lado, a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região assim se pronunciou, um tanto de forma diferente:

**TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO : RO 00111496420145010061 RJ
2T³⁴³**

Processo número RO 00111496420145010061 RJ

Relator JOSE ANTONIO PITON 15/04/2015.

RECURSO ORDINÁRIO. DANO EXISTENCIAL. INOCORRÊNCIA.

O dano existencial, espécie do gênero dano moral, resulta da conduta ilícita do empregador, apta a subtrair do trabalhador o convívio familiar e social, em suas diversas esferas, privando-o da própria vida em sociedade, impedindo-o de desfrutar de atividades afetivas e culturais de qualquer natureza. Caracteriza-se, ainda, pelo ato patronal que venha a interferir negativamente no desenvolvimento de projetos de vida, sejam de ordem pessoal ou mesmo profissional, infringindo ao trabalhador sofrimento decorrente não de uma perda pecuniária, mas de lesão de direito estranho ao patrimônio material do indivíduo. [...] (grifos próprios)

Nesta decisão, pode-se notar um equívoco ainda maior, confundindo o dano existencial como espécie do gênero de dano moral resultado da conduta ilícita do empregador. Ora, o dano moral gera dor, humilhação, vexação, um sentimento de exposição, conforme já visto em capítulo próprio, não atingindo o mesmo objeto de direito que o dano existencial, em relação ao interesse do projeto de vida do indivíduo, constituindo seus próprios interesses, não havendo, portanto, de se confundir o dano existencial com o dano moral como se pode observar em referida decisão supra mencionada.

Ora, ainda que referido julgado tenha mencionado o dano existencial como uma interferência negativa no projeto de vida do empregado, de ordem pessoal ou profissional, não indica como ocorre o mesmo, e pior, como no caso concreto isso poderia ser analisado. O uso de vocábulos genéricos e fora do devido cuidado do acerto da matéria jurídica em que se enquadraria o pedido demonstra claramente o que se pretende demonstrar.

Tal situação poderia acarretar na catastrófica situação de se ocasionar o trânsito em julgado do pedido de danos morais e existenciais em uma única decisão, ainda que patentemente se tratem de pedidos diversos por um equívoco do Tribunal, inviabilizando o trabalhador de buscar seus direitos em novo processo, dado que o

³⁴³ JUSBRASIL. TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO: RO 00111496420145010061 RJ. Tribunal regional do trabalho da primeira região. Disponível em <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183762671/recurso-ordinario-ro-111496420145010061-rj>> Acesso em: 16 set 2015.

seu primeiro pleito considerou danos existenciais como sinônimos ou espécie de danos morais.

Prosseguindo as análises propostas, menciona-se o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, que em sua Terceira Turma demonstrou outro pequeno avanço em relação a possibilidade de aplicação do dano existencial sem a necessidade de comprovação por parte do trabalhador, abrindo-se a oportunidade para se considerar a aplicação do dano existencial *in re ipsa*, muito embora ainda não tenham uma noção formada do que seria o dano existencial, conforme se pode deduzir:

TRT-12 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO 00030980320145120047 SC 0003098-03.2014.5.12.0047 Sec 3T³⁴⁴
Processo número RO 00030980320145120047 SC 0003098-03.2014.5.12.0047
Relator JOSE ERNESTO MANZI 16/09/2015
 DANO EXISTENCIAL. CONFIGURADO.
 A comprovação de que o trabalhador cumpre jornadas de trabalho, extremamente, elásticas, de 17, 18, 20 horas de labor, além de ficar por longos períodos sem a concessão de repouso semanal, caracteriza o direito à reparação pelo dano existencial, pois é elemento suficiente a demonstrar, por si só, o desrespeito à dignidade do trabalhador e a violação à sua saúde e ao seu convívio familiar e social.³⁴⁵ [...] (grifos próprios)

Preocupante é o posicionamento superficial, pois ainda que reconhecendo o dano em benefício do trabalhador, não teceu maiores considerações mais profundas ao longo de toda decisão, limitando-se a entender que a mera sobrejornada já configuraria em si o desrespeito à dignidade do trabalhador e à sua existência, não analisando sequer o tempo do evento danoso, nem suas consequências de fato de maneira a quantificar o dano.

Em outro entendimento posterior do Tribunal Regional da 4ª Região, também no que tange à sobrejornada, conforme se pode compreender em julgado

³⁴⁴ JUSBRASIL. RO 00030980320145120047 SC 0003098-03.2014.5.12.0047. Tribunal Regional do Trabalho da décima segunda região. Disponível em <<http://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/233459002/recurso-ordinario-trabalhista-ro-30980320145120047-sc-0003098-0320145120047>> Acesso em: 18 set. 2015.

³⁴⁵ No mesmo sentido, decidiu a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO 02169201301403003 0002169-55.2013.5.03.0014, Relator Jose Eduardo Resende Chaves Jr. 14/08/2015, em JUSBRASIL. RO 02169201301403003 0002169-55.2013.5.03.0014. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Disponível em <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219921234/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2169201301403003-0002169-5520135030014>> Acesso em: 13 ago. 2015.

colacionado abaixo, já há um entendimento mais aprimorado do que seria o dano existencial, dado que analisa a questão do direito do ser humano em construir um projeto de vida, de fruir da sua vida de relações interpessoais, tal como uma restrição da autodeterminação do indivíduo, assim visto *in verbis*:

TRT-4 - Recurso Ordinário: RO 00004918220125040023 RS 0000491-82.2012.5.04.0023³⁴⁶

Relatora TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL 15/05/2014
DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA.

Todo ser humano tem direito de projetar seu futuro e de realizar escolhas com vistas à sua autorrealização, bem como a fruir da vida de relações (isto é, de desfrutar de relações interpessoais). O dano existencial caracteriza-se justamente pelo tolimento da autodeterminação do indivíduo, inviabilizando a convivência social e frustrando seu projeto de vida. A sujeição habitual do trabalhador à jornada exaustiva implica interferência em sua esfera existencial e violação da dignidade e dos direitos fundamentais do mesmo, ensejando a caracterização do dano existencial.

Em decisão recente, datada de 02 de fevereiro de 2016, o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, em sede de Recurso Ordinário, julgou ação de reclamação trabalhista por ocasião em que o empregado, dentre outros pedidos, pleiteava, por seu procurador, indenização pelas jornadas extenuantes as quais ficou sujeito na empresa de transporte o qual laborava.

Colaciona-se abaixo o trecho em que foi analisada a possibilidade do dano existencial, assim visto *in verbis*:

[...]O conjunto probatório revelou que o reclamante esteve submetido à jornada excessiva, conforme já analisado.

Embora entenda que a realização de horas extras, por si só, não gere automaticamente danos existenciais e a consequente obrigação de indenizar (art. 186, do CC), tenho por certo que a da empresa em submeter o empregado à jornada conduta contumaz extenuante, além do limite legal de duas horas extras diárias, aliada à não fruição da folga semanal, constitui um verdadeiro atentado contra a saúde física e mental do trabalhador, por excesso de trabalho, estresse e fadiga, uma vez que o obriga a permanecer no labor em horários em que já deveria estar repousando e/ou nos dias destinados ao descanso e ao lazer, usufruindo, ao seu talento, das suas horas de folga.

³⁴⁶ JUSBRASIL. RO 00004918220125040023 RS 0000491-82.2012.5.04.0023. Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129131500/recurso-ordinario-ro-4918220125040023-rs-0000491-8220125040023>> Acesso em: 13 ago. 2015.

Com efeito, o não cumprimento de obrigações trabalhistas por parte o empregador, que submete o obreiro a laborar de forma habitual em jornadas de trabalho que extrapolam o limite diário legalmente permitido, notadamente representa para ele desistir involuntariamente de interesses pessoais e sociais, de momentos de lazer junto aos seus familiares ou do convívio com amigos. Destarte, o abuso do poder diretivo da empresa, interfere negativamente na sua vida e na sua privacidade, causando-lhe dano existencial, dano esse passível de indenização.

Todavia, no presente caso, não restou demonstrado que o labor em sobrejornadas e as "viradas" no primeiro turno foram realizadas por exclusiva determinação da reclamada ou se tais "bicos" ou "viradas" decorriam do interesse do próprio reclamante em complementar o seu rendimento mensal. Assim, não restou comprovado que o prejuízo causado à vida privada do obreiro e aos seus projetos de vida pelo labor excessivo resultou do abuso do poder diretivo da empresa ou se motivado por interesse pessoal. [...] ³⁴⁷

Embora se concorde com a definição de dano moral bem delineada em referida decisão, entende-se que não é possível ao empregador propor e muito menos aceitar "bicos" ou "viradas" abusivas para a complementação do rendimento mensal do trabalhador.

A própria jurisprudência trazida como complementação da motivação de mencionada decisão traz a situação de trabalhadores compulsivos motivados por interesses pessoais diversos, ocasião em que se deveria, ao menos supostamente, comprovar que o empregador impôs a jornada extenuante de forma a retirar-lhes a possibilidade de escolha.

Ora, a realidade conhecida pelos trabalhadores dentro de um sistema capitalista é a de um contexto de abusos muitas vezes camuflado com a suposta vontade do empregado, que, muitas vezes, por temer a perda de seu vínculo laboral, sujeita-se a assinar declarações de que concorda ou mesmo requer a violação de seus direitos, seja pelo excesso de trabalho, seja pelas condições os quais esteja inserido.

Ademais, pela mesma lógica que não configura um ilícito o ato do suicídio, não obstante configura-se crime, o mais alto grau de ilicitude, o ato de induzir

³⁴⁷ JUSBRASIL. RO-0001339-14.2014.5.08.0015. Tribunal Regional da 8ª Região. 4ª Turma. Relatora Desembargadora Pastora do Socorro Teixeira Leal. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/304957073/andamento-do-processo-n-0001339-1420145080015-ro-12-02-2016-do-trt-8>> Acesso em 15 abr. 2017. Conforme ajustes e atualizações indicados pela banca de defesa em 23 de março de 2017.

alguém ao suicídio, não se pode permitir que o indivíduo viole seus direitos mais básicos em relação ao seu trabalho.

Imagine-se, como exemplo, uma mulher recém divorciada que se sujeita a trabalhar, com orgulho para a empresa de manufatura que recém a contratou, até as mais altas horas da madrugada e aos finais de semana. Aparentemente deprimida, mas dada como exemplo a ser seguido, a empresa sugere que outros funcionários sigam seu exemplo, criando situações para que outros empregados, em situações totalmente diferenciadas, se vejam sem qualquer opção senão assinar autorizações para as mesmas condições.

Ainda que alguns colegas concordem que ela pareça mais animada com o trabalho, sentindo-se valorizada, não há de se olvidar que a mesma estará violando seus direitos existenciais, inclusive de procurar auxílio médico.

Há todo um contexto que deve ser analisado, inclusive em relação a toda uma solidarização do dano, suportado não apenas pelos demais empregados da empresa de manufatura no exemplo fornecido, como também em todo um sistema de saúde que será suportado acaso essa mesma mulher venha a desenvolver alguma doença ocupacional.

Portanto, como se pode bem perceber, a justiça do trabalho lentamente caminha para a evolução de um entendimento sobre o dano existencial, embora divirja sobre a sua distinção em relação ao dano moral, não seja clara quanto a sua posição dentro das modalidades de danos extrapatrimoniais, e, ainda que alguns julgadores tendam pela categorização e autonomia de referida espécie de dano, sua obscuridade na configuração e aplicabilidade ainda podem gerar grave insegurança jurídica sobre o assunto.

Ademais, em situações de incidente de demandas ou recursos repetitivos, pode-se afirmar que a formação de um precedente³⁴⁸ mal formado e mal interpretado poderá ter repercussões altamente negativas perante à sociedade, principalmente vislumbrando-se o aumento do poder posto nas mãos dos

³⁴⁸ Nesse sentido, precedente, embora seja um termo polissêmico ainda em discussão dentro da seara dos processualistas civis, bem como permeado de polêmicas sobre sua aplicabilidade e seus elementos formadores básicos como *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, considera-se no presente trabalho a consideração ampla de Evaristo dos Santos, de que precedente seria entendido no sentido de “uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, tem potencial para influenciar na solução de casos futuros”. SANTOS, Evaristo Aragão, 2012, p. 143.

magistrados, os quais devem ter o dever de serem guardiões de todo o ordenamento jurídico.

Frise-se que o precedente judicial determinará julgamentos semelhantes no futuro, devendo-se esperar minimamente que referida decisão encerre em si o melhor entendimento possível a respeito da questão jurídica a qual verse o seu objeto, mesmo porque ao decidir, passa a se pensar no futuro, ao que Evaristo Santos chama de “visão prospectiva da atividade decisória”³⁴⁹.

3.1.2 A Justiça Comum e o Dano existencial

Em menor escala, o dano existencial como categoria autônoma também é tratado na justiça comum, no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como no Superior Tribunal de Justiça, guardião da norma federal e sua interpretação.

Iniciam-se as análises dos poucos julgados relacionados ao tema que foram encontrados, pela ordem de hierarquia, iniciando-se pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo posteriormente, em ato contínuo, tecidas considerações acerca dos julgados extraídos dos Tribunais de Justiça dos Estados os quais já examinaram a matéria, conforme se pode conferir a seguir.

Mais uma vez pode-se perceber o problema de configuração do dano existencial como causa de pedir e como pedido, causando efeitos deletérios em relação a formação normativa do direito material, bem como em relação à coisa julgada, engessando a possibilidade de formação de uma categoria bem estudada e aplicada.

3.1.2.1 Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão possui um debate de espectro deveras mais ampliado, primeiramente devendo-se frisar que, para essa corte brasileira, a dignidade da pessoa humana já confere, em seu próprio sentido, uma dimensão existencial.

³⁴⁹ SANTOS, 2012, p. 136.

Conforme se pode extrair do Acórdão em Recurso Especial publicado em primeiro de fevereiro do ano de 2012, versando acerca do casamento homoafetivo, que, dentre outras análises plúrimas, enfrentou a questão existencial em voto da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, o qual realçou a questão da publicização do direito privado, bem como a questão do constitucionalismo do direito material civil, a transcendentalidade da dignidade da pessoa humana, bem como ressaltou também a questão da justiça Rawlseana. Nas exatas palavras do ministro:

O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.³⁵⁰

Embora não enfrentasse expressamente o dano existencial em si, referido Acórdão enfrentou a questão existencial no ano de 2012 já com o intuito de fornecer subsídio futuro em relação a tal situação jurídica evidenciada no caso.

A questão vai muito mais além. Não apenas como uma abstenção ao Estado, cumpre o zelo pela concessão de meios aos seus jurisdicionados, bem como que o Poder Judiciário seja eficiente para que os próprios particulares não violem o conteúdo existencial de outros particulares.

Mas foi em 14 de maio de 2015 que este mesmo Tribunal Superior prolatou decisão em ação de responsabilidade por danos existenciais por atraso na entrega das chaves de imóveis, cuja Relatoria era da lavra do Ministro Moura Ribeiro, onde, perfunctoriamente, enfrentou a decisão à luz do caso concreto, conforme se pode observar:

[...] O apelante sofreu dano existencial. Essa modalidade de lesão imaterial refere-se a violação definitiva da expectativa de residir com sua família no imóvel que foi objeto da promessa de compra e venda. A promessa de tranquilidade foi substituída pelo sofrimento e pela angústia. O casal investiu suas economias na sonhada e necessária casa própria, sem êxito. Daí decorreu grande frustração. A data

³⁵⁰ JUSBRASIL. **STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1183378 RS 2010/0036663-8.** Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/relatorio-e-voto-21285516>> Acesso em: 19 ago 2015.

prevista para entrega do apartamento foi consignada no contrato como 30.09.2010 e no quadro resumo como 30.09.2011. Este último prazo seria decorrente dos seis meses de tolerância a partir de 30.03.2011. Divergências essenciais que potencializaram a lesão à honra subjetiva dos apelantes. Nenhuma dessas situações decorre da dívida contraída com a imobiliária e quitada com sub-rogação pela adquirente do apartamento. Como acessório da dívida poderá ser incluída, por exemplo, a multa indenizatória referida na sentença. A lesão imaterial deve ser indenizada em valor razoável, orientado pela proporcionalidade e que seja capaz de reprovar e prevenir o dano, sem caracterizar enriquecimento sem causa [...].³⁵¹ (grifos próprios)

Como se pode perceber, não houve a aplicação de critérios ou a análise a luz dos elementos do dano existencial que justificassem sua aplicação, embora, no caso em concreto, obviamente poder-se-ia cogitar o dano existencial pela privação dos interesses constitucionalmente tutelados na perspectiva dos bens fundamentais de moradia, paz do casal em um lar, garantia de segurança a sua prole dentre outros direitos fundamentais, o que não ocorreu em questão.

A decisão, que deveria ser paradigmática, acabou por perder a oportunidade em distinguir tal modalidade de dano do dano moral, bem como delinear o que seria o dano existencial e porque deveria ser aplicado ao caso.

Sequer foi levado em consideração o enquadramento do conceito, ou mesmo a tentativa de fazê-lo. Não foi também enquadrada qualquer elemento identificador do dano existencial ou noção do que seria tal espécie de dano.

Ademais, cumpre destacar que o dano existencial foi trabalhado sob o aspecto da expectativa de direito futuro, quando, na verdade, o deveria ter sido feito sob o aspecto do interesse jurídico.

Em outra ocasião, em decisão muito semelhante a primeira decisão relacionada ao dano ao projeto de vida ocorrida na Corte Interamericana dos Direitos Humanos, mencionada na primeira parte do trabalho, o Superior Tribunal de Justiça não apenas enfrentou a situação de forma superficial, admitindo unicamente o dano moral, sem a afixação de critérios argumentativos, como também adotou erroneamente a impossibilidade do dano existencial *in re ipsa*.

Tal situação ocorreu em sede de Agravo em Recurso Especial de relatoria do Ministro Herman Benjamin, versando sobre ação indenizatória em que o autor

³⁵¹ JUSBRASIL. STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 688993 RJ 2015/0071173-5. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188576284/agravo-em-recurso-especial-aresp-688993-rj-2015-0071173-5>> Acesso em: 19 ago. 2015.

pleiteava compensação pelos danos causados sobre sua pessoa no período da ditadura militar no Brasil, em que enfrentou prisão ilegal:

[...] DANO EXISTENCIAL. INOCORRÊNCIA. Situação retratada no feito em que não se vislumbra comprometimento significativo do projeto de vida do demandante em virtude dos fatos, tampouco renúncia involuntária ao exercício das suas atividades cotidianas de qualquer gênero. Condições socioeconômicas e culturais do autor que não sofreram alteração relevante. DANO MORAL IN RE IPSA. Os elementos de provas dos autos evidenciaram que o autor foi preso injustamente e submetido a tortura e maus tratos durante o período mais agudo do regime militar ditatorial. Independem de prova os danos morais no contexto que exsurge do conjunto probatório carreado aos autos, pois se verificam "in re ipsa" [...]³⁵²

Como se pode observar, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o dano moral *in re ipsa*, admitindo ter o autor da ação sido preso injustamente e torturado, não obstante não tenha provado que isso teria afetado seu projeto de vida.

Ora, como não se presumir os danos a personalidade e à vida de relações de um indivíduo sofridos pelo autor de referida ação? O período preso de forma injusta, fazendo com que fosse privado de seus direitos de personalidade, públicos e políticos, havendo sido torturado e tendo sua integridade física e psíquica posta à prova. Como não se considerar tal modificação de projeto de vida? Perseguido, fichado, marcado – como não presumir a afetação de seu dano existencial senão pelo fato do Emérito Tribunal não compreender de forma sólida o que é o próprio dano existencial?³⁵³³⁵⁴

³⁵² JUSBRASIL. **STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 723188 RS 2015/0134939-0.** Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202458076/agravo-em-recurso-especial-aresp-723188-rs-2015-0134939-0>> Acesso em: 19 ago. 2015.

³⁵³ No mesmo sentido, dando pela necessidade de comprovação do dano existencial em relação consumista, sem sequer enfrentar a situação trazia à baila de modo adequado e argumentativo, em 16 de abril de 2015, em sede de juizado no Tribunal paranaense, em sua primeira turma recursal, RI 000445727201381601870 PR 0004457-27.2013.8.16.0187/0, Relatoria de Fernanda Bernert Michelin. JUSBRASIL. **TJ-PR - PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO - Recursos - Recurso Inominado: RI 000445727201381601870 PR 0004457-27.2013.8.16.0187/0 (Acórdão).** Disponível em <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182305665/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-445727201381601870-pr-0004457-2720138160187-0-acordao>> Acesso em: 18 set. 2015.

³⁵⁴ O Tribunal gaúcho, em sede de Apelação, enfrentou a questão com um pouco mais de profundidade, não obstante entender que o requerente não demonstrou mudança efetiva em sua vida ou em seu projeto de vida. O tribunal preocupou-se em utilizar doutrina nacional de relevo para o embasamento da questão, embora não pareça, da leitura de tal decisão,

3.1.2.2 Dos Tribunais de Justiça dos Estados-Membros da Federação

No âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, a abordagem do dano existencial é extremamente limitada, não se encontrando uma quantidade maior de

enfrentar o assunto em seus pormenores. **TJ-RS - Apelação Cível: AC 70058609736 RS** Nona Câmara Cível. Relator DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA 27 de agosto de 2014

[...]DANO EXISTENCIAL. INOCORRÊNCIA. *Situação retratada no feito em que não se vislumbra comprometimento significativo do projeto de vida do demandante em virtude dos fatos, tampouco renúncia involuntária ao exercício das suas atividades cotidianas de qualquer gênero. Condições sócio-econômicas e culturais do autor que não sofreram alteração relevante.*[...] [...]ERNANE CONTER apela da sentença prolatada nos autos da ação de reparação de danos morais por prisão e tortura durante o período da ditadura militar que propôs contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, que julgou extinto o feito declarando a prescrição, [...] o apelante ressaltou que “se trata de ação indenizatória que visa reparar danos extrapatrimoniais decorrentes de tortura praticada por agentes públicos durante o regime militar” (sic). Argumentou que a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e, ainda, assegura que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Por sua vez, o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal consagra a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade e prevê que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante ou desumano. Argumentou que o “Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento que em ações em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva” (sic) [...] [...]Portanto, no caso em testilha, não vejo caracterizado o assim denominado “dano existencial”. Sobre o dano existencial vale atentar ao que escreveu FLAVIANA RAMPAZZO SOARES, em preciosa monografia sobre o tema (“in” Responsabilidade Civil por Dano Existencial, Ed. Livraria do Advogado, 1ª ed., 2009, p. 44/45): “O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina. O dano existencial se consubstancia, como visto, na alteração relevante da qualidade de vida” [...]. E no caso não há prova de qualquer comprometimento das perspectivas de vida do demandante ou que teve expectativas ou projetos pessoais ceifados pela prisão indevida pela ditadura militar. Descabe classificar os fatos trazidos na peça inaugural como causadores de dano existencial. A parte lesada tem o ônus processual de comprovar que o evento danoso provocou substancial ou considerável alteração nas suas atividades cotidianas ou na sua rotina ou comprometeu seu desenvolvimento pessoal e progresso material. [...] No caso sub examine, o autor não comprovou qualquer comprometimento do seu projeto de vida, que teve frustradas perspectivas de futuro, daí que não se pode reconhecer o dano existencial. [...] [...] **DANO EXISTENCIAL. INOCORRÊNCIA.** *Situação retratada no feito em que não se vislumbra comprometimento significativo do projeto de vida do demandante em virtude dos fatos, tampouco renúncia involuntária ao exercício das suas atividades cotidianas de qualquer gênero. Condições sócio-econômicas e culturais do autor que não sofreram alteração relevante.*[...] JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137157483/apelacao-civel-ac-70058609736-rs/inteiro-teor-137157487>> Acesso em: 20 ago. 2015.

decisões abordando o tema, realizando-se, portanto, uma análise qualitativa, as quais passa-se a demonstrar.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 2009, no julgamento do conhecido caso de indenização pelos danos causados pelas “pílulas de farinha” contra o Laboratório Schering do Brasil, o bojo do Acórdão refere-se ao dano existencial, muito embora, ao final da decisão, indique condenação unicamente por danos morais, mais uma vez demonstrando claramente a ausência de critérios ou entendimentos do que seriam os danos existenciais e a possibilidade, inclusive, de sua cumulação com demais tipos de danos, tais quais os danos morais.³⁵⁵³⁵⁶

Deve-se lembrar que o conhecido caso das “pílulas de farinha” foi a ocorrência de gravidezes não planejadas, dado que as usuárias da pílula anticoncepcional ingeriram sem qualquer conhecimento, material da confecção de placebo, indevidamente comercializada sem o princípio ativo, por ocasião de culpa do laboratório.

Ora, a questão, muito além do que um dano moral, ou seja, um abalo ao bem estar da consumidora lesada, foi a completa mudança na vida de relação das mesmas, em relação a toda a mudança de vida ocasionada pela vinda de um filho não planejado. Ademais, não foram vislumbradas as tessituras dos casos individualizados, uma vez que poderia ocasionar alguma gravidez de risco ou em alguma mulher que, em sua vida privada, não iria querer uma determinada exposição ocasionada por uma gravidez.

Portanto, o dano existencial era visivelmente deduzido do caso emblemático das “pílulas de farinha”, o qual poderia ter constituído verdadeiro *leading case*, ou

355 JUSBRASIL. **TJ-SP - Apelação: APL 4820374000 SP.** Relator Enio Santarelli Zuliani 29/01/2009. Disponível em <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2610181/apelacao-apl-4820374000-sp/inteiro-teor-101009090>> Acesso em: 19 set. 2015.

³⁵⁶ Mesmo equívoco se pode deduzir do caso analisado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, TJ-RS - Embargos de Declaração: ED 70046569141 RS. JUSBRASIL. **TJ-RS - Embargos de Declaração: ED 70046569141 RS.** Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21472127/embargos-de-declaracao-ed-70046569141-rs-tjrs/inteiro-teor-21472128>> Acesso em: 19 set. 2015; bem como em Apelação Cível no Tribunal Mineiro, em relação a confusão entre os termos dano moral e dano existencial constante da Apelação Cível: AC 10394100112363001 MG de Relatoria da Desembargadora Mariângela Meyer ao ano de 2014 . Em JUSBRASIL. **TJ-MG - Apelação Cível: AC 10394100112363001 MG.** Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115957168/apelacao-civel-ac-10394100112363001-mg/inteiro-teor-115957216>> Acesso em: 19 set. 2015.

seja, um caso importante a servir de base aos demais, servindo ao menos de *obiter dicta*, de função persuasiva para o futuro³⁵⁷.

Continuando-se a análise das decisões, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua vigésima quinta câmara cível, em 11 de setembro de 2014, em sede de Apelação cível de relatoria do desembargador Cláudio Dell'Orto, enfrentando análise de direito do consumidor acerca da indenização por atraso em promessa de compra e venda, em danos morais e materiais, condenou os réus, genericamente, por “danos imateriais”, sem sequer esboçar no corpo da decisão, uma diferença básica entre danos morais e existenciais ou ainda sem sequer enfrentar a questão do dano existencial.³⁵⁸

Atenta-se aqui a violação ao princípio da congruência, uma vez o pedido sendo certo e determinado, requerendo-se condenação por danos morais e materiais, não obstante a decisão sendo de conteúdo genérico, violando a vinculação ao pedido. Destaque-se que “danos imateriais” é por demais genérico não alcançando a determinação do pedido, sendo cabível inclusive a oposição de Embargos de Declaração, o que não ocorreu, demonstrando ausência de entendimento inclusive por parte do causídico.

Em outra decisão, o Estado do Amazonas, em ação engendrada contra determinado plano de saúde pela recusa indevida de tratamento ao paciente, ora autor da ação, onde a própria exordial unicamente mencionava em seu pedido indenização por danos materiais e danos não patrimoniais do tipo moral puro, não mencionando a reparação por danos existenciais.

Não obstante, o tribunal de justiça amazonense, ao realizar o julgamento, mencionou não apenas o dano moral como também mencionou o dano existencial e a teoria da perda de uma chance de modo genérico e sem critérios argumentativos, de modo extremamente obscuro e desconexo da fundamentação da causa de pedir e pedido da exordial. Ao final, a condenação apreciou unicamente os danos morais requeridos, respeitando a congruência em relação ao pedido. Interessante destacar nessa ocasião a obscuridade de referido julgado:

³⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44.

³⁵⁸ JUSBRASIL. **TJ-RJ - APELAÇÃO: APL 00323008220118190209 RJ 0032300-82.2011.8.19.0209.** Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152471434/apelacao-apl-323008220118190209-rj-0032300-8220118190209/inteiro-teor-152471449>> Acesso em: 12 set. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador DOMINGOS JORGE CHALUB
PEREIRA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - TJ/AM
Apelação PROCESSO N. 0032212-79.2006.8.04.0001 - Manaus
Apelante: Unimed de Manaus - Cooperativa de Trabalho Médico
Apelado: espólio de Paulo Henrique de Souza
Castro representado por Ana Cláudia da Silva Brito e Gabriela
Brito Castro
RELATOR: DESEMBARGADOR DOMINGOS JORGE
CHALUB PEREIRA
REVISOR: DESEMBARGADOR Wellington José de Araújo
EMENTA: DIREITO CIVIL, CONSUMERISTA E PROCESSUAL
CIVIL – CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULAS
ABUSIVAS – NEGATIVA DE SERVIÇO ADEQUADO –
DANO MATERIAL E MORAL – FIXAÇÃO –RAZOABILIDADE E
PROPORCIONALIDADE:

[...] O dano moral consiste em ofensa a direito da personalidade, que representa o patrimônio psíquico, imaterial, a honra, a privacidade, a intimidade, enfim, aquilo que torna cada pessoa um ser único, o que obviamente não se confunde com o dano existencial, que representa ofensa à progressão que o indivíduo espera obter em sua jornada, em seus planos de vida, ou também quanto ao dano relacionado à perda de uma chance, esta ligada à perda de uma possibilidade, que é avaliada com base na probabilidade de concretização. [...] ³⁵⁹ (grifos próprios)

Como se pode observar, confunde-se o dano existencial ainda com a tese da responsabilidade civil pela perda de uma chance, embasado em um juízo de probabilidade no caso concreto, em que o dano provável possui um nexo de causalidade certo e determinado, como o caso de um estudante que venha, por culpa de um motorista negligente que capota ônibus, a perder a prestação da prova de vestibular, perdendo assim a chance de pleitear vaga em uma conceituada Universidade³⁶⁰.

Destarte, em um único fato, com diversos fatores aleatórios concorrentes, a cogitação da perda de uma chance, tais como uma “aposta perdida”³⁶¹ é diversa do

³⁵⁹ JUSBRASIL. **TJ-AM - Apelação: APL 00322127920068040001 AM 0032212-79.2006.8.04.0001**. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Disponível em <<http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199125437/apelacao-apl-322127920068040001-am-0032212-7920068040001/inteiro-teor-199125440>> Acesso em: 20 ago. 2015.

³⁶⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea: Em homenagem a Silvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 151.

³⁶¹ SILVA, 2011, p. 152

instituto do dano existencial, em que se alude a disponibilizar posição de vantagem e disponibilidade da autonomia para a consecução de seus direitos de personalidade, motivo pelo qual não havia de se cogitar tal fundamentação, uma vez que o pedido sequer versava sobre tal teoria.

Decisão que merece destaque dada a sua análise em relação a prova do dano existencial foi prolatada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2013, de relatoria do Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos. Interessante realçar que a ação genericamente pleiteou em seu pedido o termo “indenização por danos materiais e extrapatrimoniais”, abarcando a possibilidade de alcançar o dano moral e mesmo o existencial, violando claramente a vedação legal do requerimento de pedido genérico fora dos parâmetros da lei.

Isso porque o pedido deverá ser certo e determinado, vinculando o magistrado ao princípio da congruência requerendo-se a tutela jurídica relacionada aos sujeitos bem como ao tipo de ação pleiteada em relação aos seus requisitos internos, bem como o bem ou interesse jurídico violado ou ameaçado, objeto da pretensão³⁶².

Não obstante, o Tribunal entendeu, em debruço superficial do tema, que o autor não provou suficientemente mudança substancial em seu projeto de vida, dado que, ainda que tenha determinadas mudanças tais como a necessidade do acompanhamento de um responsável em seus exercícios e a continuidade de seu trabalho ainda que com maior grau de dificuldade, conforme se pode conferir:

TJ-RS - Apelação Cível: AC 70052084670 RS

Décima Primeira Câmara Cível

DES. BAYARD NEY DE FREITAS BARCELLOS – Relator

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e extrapatrimoniais proposta por VALTER LUIS RONSONI e ROSELI DOS REIS RONSONI em face de J. C. NUNES TRANSPORTES LTDA ME, EDSON DIOGENES RICKEN e CONCEPA – CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA OSÓRIO PORTO ALEGRE S/A. Conforme a inicial, em 06 de junho de 2008 os autores trafegavam pela rodovia BR 290, sentido Porto Alegre/Osório, no interior do veículo Peugeot quando se acidentaram em razão de obras que estavam sendo realizadas pela CONCEPA. Eles estavam no final da fila quando subitamente todos os veículos que vinham à frente pararam, sendo que ao verem que seriam abalroados pelo que estava atrás, uma carreta M. Benz, engataram uma marcha e

³⁶² OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 207

tentaram sair pela pista de rolamento, porém mesmo assim foram atingidos pela carreta. Narraram que o fluxo de veículos foi interrompido por um caminhão da CONCEPA que se atravessou repentinamente na pista de rolamento.

[...] Não há falar em dano existencial no caso concreto. O próprio autor afirma que continua a treinar na academia, ainda que com o acompanhamento de um profissional; não pode conduzir veículo de câmbio mecânico, mas pode utilizar veículo de câmbio automático; continua trabalhando, ainda que com maior esforço.

Portanto, tenho que não há falar em desvirtuamento do projeto de vida do autor suficiente para ser deferida tal indenização, que tem um espectro de alcance bem maior do que a indenização por danos morais. O dano existencial é decorrente de fatos sociais radicais e dramáticos que engessam toda e qualquer atividade desenvolvida pela pessoa, o que não é o caso dos autos.

Os valores das indenizações por danos morais e estéticos deverão ser corrigidos monetariamente desde o arbitramento, tal qual constou na sentença (Súmula 362 do STJ); os juros de mora incidem desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ). [...] ³⁶³

Embora reconheça indenização a título de danos morais e estéticos, o dano existencial fora obstaculizado em seu intento dada a suposta necessidade de demonstração de mudança no projeto de vida do indivíduo que requereu tutela pelos mesmos.

Recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro lavrada em 25 de junho de 2015, evidencia pequeno avanço da justiça comum em relação a identificação do dano existencial, embora ainda demonstre confusão com o dano moral, dado que a decisão unicamente julgou o dano moral requerido, conforme se pode observar:

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL DO CONSUMIDOR
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019416-76.2010.8.19.0202
APELANTE: L.I.R. COMÉRCIO VAREJISTA DE
ELETRODOMÉSTICOS LTDA
APELADA: CARLA DE AGUIAR MACHADO
RELATORA: DES.^a ANDRÉA FORTUNA
EMENTA: SUMÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. DEMORA
NA ENTREGA. FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE
IPSA. O fornecedor de serviço não cumprindo o disposto no
artigo 14, § 3º, do CDC e do artigo 333, II, do CPC, torna verossímil
as alegações do consumidor, ensejando a aplicação do artigo 14,**

³⁶³ JUSBRASIL. **TJ-RS - Apelação Cível : AC 70052084670 RS.** Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113186554/apelacao-civel-ac-70052084670-rs/inteiro-teor-113186564>> Acesso em: 20 ago. 2015.

caput, do CDC no julgamento da presente lide e o dever de indenizar o dano moral in re ipsa. No caso sub judice, se aplica a Teoria do dano existencial, qual seja, a espécie de dano extrapatrimonial ou imaterial, que pode ser identificado como a perda da qualidade de vida do indivíduo, ora consumidor, que, a partir da lesão sofrida, altera ou até mesmo perde a possibilidade de manter as suas atividades cotidianas. Desprovemento ao recurso.

[...]Por ele, perder o ofendido, ora consumidor/Apelado, a possibilidade de gozar os prazeres que a vida poderia proporcionar, assim como o atraso na entrega do produto (computador) vai na contramão do Programa Computador para Todos do Governo Federal que, justamente pensando no cidadão/consumidor, reduziu a carga de impostos para possibilitar a livre aquisição desse tipo de produto a custos menores.

O dano moral in re ipsa advém da postura abusiva e desrespeitosa da Apelante deixando no cliente, ora Apelada, a sensação de impotência, revolta e indignação, com fulcro no artigo 186, 927, do CC, c/c artigo 5, X, da CFRB. [...] ³⁶⁴ (grifos próprios)

Embora reconhecendo o dano existencial como categoria autônoma de danos extrapatrimoniais, observa-se que tal decisão não se aprofundou na questão do dano existencial ou sequer curou-se de verificar no caso concreto a mudança na vida do requerente em sua vida de relações, requisito essencial na aplicabilidade dos critérios de mensuração do dano existencial.

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça carioca, em sua vigésima quarta câmara cível/consumidor lavrou decisão que, embora julgando o dano moral, teceu considerações acerca do dano existencial de forma duvidosa, senão veja-se:

APL 00194167620108190202 RJ 0019416-76.2010.8.19.0202 24ª
Camara Cível/Consumidor

Relatora: DES. ANDREA FORTUNA TEIXEIRA 30/06/2015

[...]EMENTA: SUMÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. DEMORA NA ENTREGA. FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA.

O fornecedor de serviço não cumprindo o disposto no artigo 14, § 3º, do CDC e do artigo 333, II, do CPC, torna verossímil as alegações do consumidor, ensejando a aplicação do artigo 14, caput, do CDC no julgamento da presente lide e o dever de indenizar o dano moral in re ipsa. No caso sub judice, se aplica a Teoria do dano existencial, qual seja, a espécie de dano extrapatrimonial ou imaterial, que pode ser identificado como a perda da qualidade de vida do indivíduo, ora consumidor, que, a partir da lesão sofrida, altera ou até mesmo perde

³⁶⁴ JUSBRASIL. TJ-RJ - APELAÇÃO: APL 00194167620108190202 RJ 0019416-76.2010.8.19.0202. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205928859/apelacao-apl-194167620108190202-rj-0019416-7620108190202/inteiro-teor-205928871>> Acesso em: 20 ago. 2015.

a possibilidade de manter as suas atividades cotidianas.
Desprovemento ao recurso. [...] ³⁶⁵ (grifo próprio)

Como se pode deduzir, o conceito de dano existencial aplicado foi totalmente equivocado, como uma perda na qualidade de vida do indivíduo, modificando suas atividades cotidianas. Reduz-se assim o dano existencial à ideia de atividades do dia a dia, as quais podem ser modificadas pela mera vontade da parte. Não foi debatida a questão das relações e a inviabilidade da manutenção das relações entabuladas ou da autonomia do indivíduo, privado do seu direito de escolha.

Desta forma, passa-se, ato contínuo, a resumir os principais equívocos do dano existencial praticados dentro do Poder Judiciário brasileiro, logo abaixo.

3.2 DEMONSTRAÇÃO DOS EQUÍVOCOS DEDUZIDOS NA ANÁLISE DOS JULGADOS

Conforme já mencionado, os grandes equívocos a serem deduzidos da análise quantitativa das decisões judiciais analisadas na amostragem geral de casos semelhantes, são incontáveis.

Primeiramente, conforme se pode observar, o grande equívoco é no que tange a ausência de uniformidade sobre o reconhecimento ou não do dano existencial como categoria autônoma, ora tratando-o como categoria autônoma, ora tratando-o como forma de dano moral, ou pior, como forma genérica de “danos extrapatrimoniais” ou “danos imateriais”.

Ademais, percebe-se por parte de alguns magistrados a admissão de pedido genérico formulado na exordial, requerendo sem qualquer especificidade indenização por danos extrapatrimoniais ou imateriais, sem qualquer ordem de emenda na exordial, acabando por ocasionar decisões de mesma forma genéricas.

Ainda, formam-se precedentes teratológicos, de caráter normativo, mas sem qualquer técnica de aplicação ou estabelecimento de critérios, os quais acabam por formar decisões obscuras, inadmissíveis no ordenamento jurídico, mas que acabam

³⁶⁵ JUSBRASIL. **APL 00194167620108190202 RJ 0019416-76.2010.8.19.0202**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205928859/apelacao-apl-194167620108190202-rj-0019416-7620108190202>> Acesso em: 20 ago. 2015.

por transitar em julgado tornando-se estáveis, podendo ocasionar um verdadeiro dano injusto na vida do jurisdicionado afetado com a decisão errônea.

Desconsideram-se assim a causa de pedir e pedido, decidindo-se no mais das vezes de maneira arbitrária e aleatória, sem a análise do evento e resultado, afastando-se da análise substancial da relação jurídica, base do instrumento do processo.

No direito atual, o impacto dos precedentes pode ir além: teses conflitantes ou mesmo equivocadas as quais terão efeito vinculativo para o futuro.

Pode-se aduzir que tal situação é originada pela ausência da aplicação da argumentação e interpretação correta, aplicando-se conceitos genéricos e fundamentos aptos a justificar qualquer situação abstrata, desconsiderando-se portanto, as particularidades do caso concreto.

Assim, não foi utilizada a força do argumento, mas o argumento da força. O direito de danos deixou de dialogar com os demais direitos fundamentais, culminando no esboroamento da coerência do personalismo ético constitucional que ocorre, conforme analisado por Dworkin, quando todos os princípios forem usados na maior medida possível, de maneira dialógica.³⁶⁶

Percebe-se assim, com tais equívocos, o completo descaso e descomprometimento sobre o papel preventivo da responsabilidade no direito material, bem como no âmbito do direito processual, uma vez que, muito além de compensações dinerárias, tem importante papel na sistemática de proteção às vítimas em uma tendência de busca propriamente dita pela segurança futura do bem estar das pessoas.

3.2.1 O critério utilizado pelos Tribunais: O critério autoritativo mencionado em Kauffman

Conforme se pode exaustivamente perceber, não há um critério dos Tribunais na aplicação no caso concreto no âmbito do dano existencial, assim como ocorre com diversos institutos do Direito Material. Sequer há de se deduzir a utilização ou preocupação com um critério de ordem objetiva ou subjetiva de forma a se perquirir justiça.

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1999. p. 77.

Cláusulas gerais são invocadas genericamente, conceitos são aplicados inadvertidamente sem a devida análise de suas naturezas jurídicas ou ao menos a mínima reflexão crítica da subsunção da norma ao caso concreto.

Doutrina e precedentes são meramente citados de forma inadvertida, em verdade, muitas vezes, conforme se pôde claramente observar, meramente copiados e reproduzidos. Não se produz conhecimento. Em verdade sequer se pode afirmar que está se reproduzindo conhecimento, dado que a mera cópia já possui erros substanciais em seus conceitos.

Primeiramente, a questão existencial deve ser reconhecidamente uma questão complexa. Nesse sentido, “complexo” deve ser visto como a necessidade de conjugação das diversas áreas de conhecimento em prol da aplicação da teoria no caso concreto, dentro da dinâmica líquida contemporânea onde tudo se mistura e tudo ocorre (e deve ocorrer para haver uma pseudo-ordem) em um lapso de tempo extremamente parco.

Em todo esse contexto, soluções simples não funcionam tão bem como deveria sê-lo, ou melhor, não atingem o seu melhor ou mesmo não atingem seu mister. Problemas antigos até então não possuem soluções, ou lhes são aplicados as mesmas soluções de séculos atrás, o que visivelmente já não atinge seus objetivos últimos.

Com efeito, pela lógica da proporcionalidade, quanto mais complexo o objeto, mais difícil será a sua concretização, e a própria lógica não poderá ter apenas um único caminho de pensamento e, nesse sentido, a argumentação desempenha um papel extremamente importante dentro dos novos horizontes do Direito, ampliando a quantidade de conteúdo a ser analisado e com isso as possibilidades de realização da dignidade de cada um dos indivíduos que compõe a sociedade.

A reforma portanto se faz necessária: Com a assunção de novos conceitos, novos danos, novos potenciais de danos, novos modelos de poder e novos modelos de controle, surgem como necessidade, novos modelos de responsabilidade e regulamentação.

O método estruturalista clássico, predominante no século XX, principalmente nas áreas humanas, formador de pensamentos sistematizados a partir dos exames dos elementos que compõem um sistema, tal qual o sistema jurídico, impulsionou o pensamento reducionista e simplista. O caráter especializante e focado em uma

área somente em prol da profundidade do estudo fez com que predominasse o fetichismo da ciência.

A simplificação muitas vezes acaba formando uma alienação, uma forma de ilusão onde as pessoas são tentadas a não pensar, a simplificar o pensamento previamente estruturado e não contestar o que apreendem. Eis a origem da reprodução do pensamento que, paulatinamente, torna-se defasado ou mesmo equivocado. Muitas pessoas estão plenas de certezas, que pensam que sejam quiçá científicas para a sustentação de seus pensamentos.

Eis o que se parece deduzir da análise dos julgados acerca do dano existencial no Brasil, ao que Kauffmann e Hassmer³⁶⁷ chamam de “silogismo judiciário”, cuja lógica clássica intuicionista bipolarizada influencia diretamente a jurisprudência, dentro da ontologia de um mundo pronto, ente de si mesmo.

De acordo com Kauffmann e Hessmer, deveria-se buscar o domínio da compreensão intersubjetiva, o que “seria fazer a tentativa de fundamentar a lógica como ‘teoria do diálogo racional’”, a partir de uma “fundamentação dialógica da lógica”³⁶⁸.

A partir de uma lógica propedêutica, dirigida a um ou mais interlocutores, deve-se abrir um espaço para o diálogo e a possibilidade de réplica. Tudo contextualizado de modo a atender uma hermenêutica operante. Faz-se necessário, assim, a análise sociológica do procedimento dos juízes, uma compreensão sobre seus fundamentos, de forma a se considerar os elementos existentes de natureza empírica, bem como a influência da origem social, política e econômica do próprio magistrado.³⁶⁹

Tecnicamente, os casos semelhantes devem corresponder a respostas semelhantes, e, em caso de divergência, deve-se averiguar empiricamente, aplicando os conceitos a determinadas condutas averiguadas que permitam explicar reações diferentes ao mesmo caso, alargando-se o modelo sempre em busca de seu aprimoramento. Não se há de permitir o engessamento da interpretação contentando-se com o simplismo.

Decisões são sempre mecanismos de poder do Estado pelo qual se dependa da participação das partes. Em relação ao julgamento, de acordo com Schmann e

³⁶⁷ KAUFFMANN; HASSMER, 2009, p. 328 e 348.

³⁶⁸ KAUFFMANN; HASSMER, *Ibidem*, p. 349.

³⁶⁹ KAUFFMANN; HASSMER, *Op. Cit.*, p. 513.

Winter³⁷⁰, o juiz poderá realizar dois tipos de investigação e julgamento: o autoritário e o liberal, em que poderá ocorrer maior ou menor participação em ambos.

Muito embora ambos constituam monólogos relacionados ao catálogo de problemas, não chegando a ocorrer uma discussão autêntica, em relação ao julgamento liberal chega-se com maior frequência a um consenso em relação ao tipo autoritário. O indicador de consenso é o fato das partes entenderem ser o magistrado suficientemente informado a ponto de se sentirem satisfeitas com o resultado. O estilo autoritário seria a ideia aproximada de juiz monocrático, bem como o estilo liberal se aproximaria da ideia de julgamento colegiado.³⁷¹

Pouco importa a adoção de mecanismos rasos, tais como o adotado em 04 de outubro de 2016 pelo Superior Tribunal de Justiça, o chamado “sistema bifásico” para a aplicabilidade do dano moral, analisando primeiramente um valor inicial fixado em um tabelamento pelo tribunal, seguida da análise do interesse jurídico lesado, como base de um grupo de precedentes que analisa casos semelhantes³⁷².

Ora, patente é a utilização de uma imposição de um verdadeiro tabelamento dos danos extrapatrimoniais, sob a escusa de tratar-se de “casos semelhantes”. Ocorre que o que deveria ser uniformizado deveria ser a interpretação da norma e a normatização, e não o caso concreto.

Mais correto seria o abandono da autoridade e da rotulação de pessoas as quais não configuram números em papéis, podendo-se falar na necessidade de um sistema trifásico, analisando-se primeiramente o caso concreto, o bem ou interesse jurídico tutelado, qual o grau de afetação na vida do indivíduo no contexto ao qual estaria inserido, e por último, a Inteligência da normatividade para aquele determinado contexto. Nunca o inverso.

Ao abandonar as particularidades do caso, demonstra abuso e arbitrariedade, fazendo com que se possa afirmar que o próprio Poder Judiciário poderá ser o responsável pelo agravamento do dano sofrido pelo indivíduo o qual lhe requer tutela de seus direitos.

³⁷⁰ Apud KAUFFMANN; HASSMER, 2009, p. 517

³⁷¹ KAUFFMANN; HASSMER, *Ibidem*, p. 517.

³⁷² BRASIL. **Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais.** Superior Tribunal de Justiça: Brasília, 2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-adota-m%C3%A9todo-bif%C3%A1sico-para-defini%C3%A7%C3%A3o-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-por-danos-morais> Acesso em 16 fev. 2017.

3.3 NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DO CRITÉRIO AUTORITATIVO: Advento do Novo Código de Processo Civil e a ascensão do chamado direito jurisprudencial e seus impactos sobre o reconhecimento do dano existencial no Brasil

Ao lado deste fenômeno do agigantamento do poder privado, a partir dos conceitos gerais de liberdade e de autonomia concedido aos sujeitos, outros fenômenos próprios do direito contribuíram para uma verdadeira crise da responsabilidade civil, especialmente no que tange a ampliação do conceito jurídico de dano.

Paul Ricoeur propõe assim o bom uso das ações de ruptura, simbólicas ou não³⁷³, violentas ou não para despertar as massas de seu sono, fazendo-se compreender, conscientizar, e não “traumatizar”, uma vez que

temos necessidade de mediadores sociais que não procure conciliar a todo preço, nem tampouco polarizar a todo preço, mas que ajudem cada indivíduo a reconhecer seu adversário. (...) Como fazê-lo, quando os lares e a cultura popular são captados e modelados pelas mesmas forças que imperam sobre a produção e o consumo?³⁷⁴

A tal situação deve o Poder Judiciário, essencialmente com o advento da Lei 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil brasileiro, esmerar-se pela correta aplicabilidade da lei, para que se possa perfazer justiça com a adoção do sistema de precedentes.

Deve-se, portanto, romper com vetustos paradigmas e dogmas, com a correta compreensão e conscientização dos aplicadores do direito, com o objetivo não somente de aplicar a solução pela força, mas sim formar um maior comprometimento com o justo e a essência do justo.

Há de se indagar e reconhecer até onde se estenderá a cadeia dos efeitos nocivos dos sujeitos de direito privado em face o contínuo surgimento de novos direitos: Direito nuclear, marítimo, ambiental-climático, dentre muitos outros, previstos inclusive na pródiga Constituição da República brasileira.

³⁷³ Aproveitando-se da tese do poder simbólico de Pierre Bourdieu. BOURDIEU, Pierre **O poder simbólico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

³⁷⁴ RICOEUR, **Hermenêutica e ideologias**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 182.

Uma resposta parcial, nas palavras de Paul Ricoeur³⁷⁵, está contida na consideração por parte do Direito da extensão dos poderes exercidos pelos seres humanos sobre outros e sobre o seu meio ambiente comum. Daí a trilogia clássica de poder-prejuízos-responsabilidade: Tão longe se estendem os poderes, também se estende a capacidade de se causar prejuízos e igualmente a responsabilidade pelos danos.

Deve-se ter em vista a realização não apenas do direito e do ordenamento jurídico, mas da realização da própria vida digna na existência do ser humano que esteja sob ameaça ou violação de seus direitos e interesses protegendo-o de maneira integral, ao máximo que for possível dentro do caso concreto.

Ademais, na conformidade da exposição de motivos do Novo *códex* adjetivo, deve-se aproximar o juiz da realidade, devendo o mesmo perquirir a realidade dos fatos, aprofundar-se sobre a causa de pedir, aplicar corretamente o direito material em seu máximo rendimento possível³⁷⁶.

Desta forma, ainda que ocorra conciliação em audiência própria ou em qualquer fase do processo, o magistrado, dentro de seu poder-dever e a responsabilidade que lhe cabe, deve sempre zelar pela aplicabilidade da substância, da realização dos direitos fundamentais.

O pós estruturalismo da interpretação judicial põe ênfase no autor e no destinatário da norma extraída da decisão judicial, surgidas a partir da recepção, hermenêutica e a desconstrução. Deve-se evitar desperdícios de energias hermenêuticas, que o texto não convalida, fazendo com que as cadeias causais não tenham fronteira, bem como evitar o excesso de tolerância semiótica e a aceleração na homologação de relações aberrativas, ao que Ricardo Lorenzetti chama de “interpretação jurídico-paranoica”³⁷⁷.

Assim, faz-se necessária a construção de uma matriz estratégica sobre a interpretação do direito privado, mais especificadamente do direito de danos e do sistema de responsabilidade civil. Deve-se, portanto, adentrar-se nas causalidades complexas extraídas unicamente do caso concreto³⁷⁸ de forma que o direito privado

³⁷⁵ RICOEUR, 1995, p. 55.

³⁷⁶ NUNES; SILVA, 2015, p. 20-21.

³⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 70-71

³⁷⁸ LORENZETTI, Ibidem, p. 72-73.

continue garantindo o acesso a bens e a realização dos interesses garantidores de uma vida digna ao ser humano³⁷⁹.

Não se pode admitir que o único critério de legitimação de tais decisões seja unicamente o autoritário, portanto. Por muitas vezes tal critério acaba por aplicar doutrina infundada e superficial de manuais às decisões judiciais, conferindo-lhe status de autoridade plena quando na verdade a mesma não possui qualquer lastro teórico.

Deve o Poder Judiciário, ao revés, aplicar a lógica do critério da razoabilidade para a identificação dos argumentos convincentes formadores da validade material, devendo, inclusive, confrontar fontes contrapostas e divergentes, de modo a demonstrar a validade ou invalidade do pensamento apresentado, de maneira a apresentar o melhor posicionamento e solução ao caso concreto³⁸⁰.

Ademais, a aplicabilidade do paradigma protetivo na tutela dos vulneráveis, coadunado com o paradigma da garantia do acesso a bens e interesses aos indivíduos, faz com que se relativize a questão do hipossuficiente, sempre verificado no caso concreto, não se podendo deduzi-los de modo abstrato. Desta forma, prioriza-se o resultado sobre as formas, aplicando-se critérios de justiça material.

Mais do que poderes hercúleos, o julgador e intérprete deverá proceder com esforços de mesma proporção, sempre com o comprometimento com a justiça e a proteção integral da pessoa humana.

3.3.1 A necessidade da correta compreensão de direito privado: o injusto como antijurídico

É inconteste que a solvibilidade e a distribuição dos custos ocasionou a ampliação da responsabilidade civil, no tocante ao catálogo de legitimados passivos. Mais do que isso. Para Anderson Schreiber³⁸¹ e Giselda Hironaka³⁸², o grande problema que culminou na crise da responsabilidade hoje foram justamente tal defasagem e a erosão dos filtros tradicionais da reparação, quais sejam, a culpa, o

³⁷⁹ LORENZETTI, 1998, p. 85-88.

³⁸⁰ LORENZETTI, 2011, p. 78.

³⁸¹ SCHREIBER, 2013, p. 03-11.

³⁸² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 67-70.

nexo causal e o dano. O direito de liberdade deixou de dialogar com os demais direitos fundamentais, devendo imediatamente com eles se reconciliar.

Cumpra não apenas a legislação, mas também ao Poder Judiciário tal reconciliação, em um esforço contínuo, para evitar a continuidade da ideia de que todos os problemas possam simplesmente ser solucionados pelo sistema de responsabilidade civil, o qual se projeta no mais das vezes a subjetividade insatisfeita: o injusto, assim como o antijurídico geram responsabilidade por danos³⁸³.

A norma deve ser justa, tal preceito é incontestável. O que viola a juridicidade, portanto, potencialmente causa danos os quais devem ser arcados em última análise, por toda a sociedade, causando um injusto tutelável pelo direito, garantidor do bem comum e da dignidade da pessoa humana. Somente assim pode se afirmar a existência de um direito privado realmente válido³⁸⁴.

Nesse sentido, a tarefa do intérprete, ou seja, o aplicador do direito, tornou-se decisiva. O juiz passa a ser o protagonista pelo esforço criativo, utilizando-se de linguagem jurídica, hoje permeada pela genética, pela economia, pela moral enquanto valor social, pela tecnologia, computação dentre outros³⁸⁵.

Primeiramente, deve-se identificar a norma válida formal e materialmente aplicável dentro de uma situação complexa a qual tenha a aparência de antijurídica e antijurídica para que se possa, em um juízo prático, realizar-se a relação entre o caso e o sistema aplicável de modo racional apriorístico, considerando o interesse de ambos os polos, o ativo e o passivo³⁸⁶.

3.4 APLICAÇÃO DO NOVO CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL À LUZ DO CRITÉRIO LIBERAL ARGUMENTATIVO: novos horizontes e impactos esperados

No Brasil nada mais deduzível, tendo-se em vista a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais face ao artigo 93, IX da Constituição da República

³⁸³ LORENZETTI, 1998, p. 229.

³⁸⁴ LORENZETTI, *Ibidem*, p. 229.

³⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: Fundamentos de Direito**. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

³⁸⁶ Nesse sentido, LORENZETTI, 2011, p. 74-76.

de 1988, sendo garantia da própria segurança jurídica no ordenamento, decorrente do próprio modelo político de Estado adotado no Brasil.³⁸⁷

Desta forma, assim como não existe dispositivo implícito, não há argumentação implícita, devendo o magistrado se manifestar expressamente acerca de todos os pontos impugnados, analisando especificamente cada um dos fundamentos alegados.³⁸⁸

Ora, cabe também ao advogado que requereu ou apresentou a defesa corretamente postular corretamente o pedido em suas especificidades. Assim, em relação a reparação de danos imateriais, caberá ao advogado primeiramente saber o que são os danos imateriais e, secundariamente, qual o dano relacionado a ser defendido ou impugnado em relação ao seu cliente.

Após a apresentação em juízo, cabe, igualmente, ao magistrado, face ao princípio da correlação, congruência, adstrição ou coextensão, analisar ao que foi pedido de acordo com a decorrência lógica da causa de pedir. Significa dizer que a decisão judicial deverá possuir coerência interna e externa em relação ao que foi pedido e em relação a quem foi pedido, subjetiva e objetivamente.³⁸⁹

Deve-se realçar, assim, uma corresponsabilidade na aplicação dos institutos jurídicos e seus pedidos, no momento da análise da decisão judicial, em especial no que tange ao dano existencial, cuja teoria ainda é tímida em território brasileiro, e cujas análises parecem ser de tamanha superficialidade que parecem indicar um desprestígio para um instituto tão essencial na atualidade, na era de uma existência transcendente, que muitas vezes sai do próprio mundo material e passa a ser analisado no mundo virtual.

Desta forma, “a sentença deixa de ser um ato estatal e não existe razão para desqualificar ou menoscar sobremaneira os fundamentos declinados pelas partes”³⁹⁰. Cada questão deverá obrigatoriamente, sob essa óptica, ser analisada com fundamentação própria, apontando seus requisitos, particularidades e modalidades, sendo no caso da aferição da responsabilidade civil por dano

³⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V II, T1, p. 354.

³⁸⁸ COSTA NETO, Raimundo Silvino; LUNARDI, Fabrício Castagna; RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza. **Sentença cível: Estrutura e técnicas de elaboração**. São Paulo: Método, 2015, p. 67.

³⁸⁹ COSTA NETO; LUNARDI; RODRIGUES; 2015, p. 25-26.

³⁹⁰ COSTA NETO; LUNARDI; RODRIGUES; Ibidem, p 69.

existencial, necessário ser apurada a conduta, o resultado e o nexos de causalidade, identificando-se o bem ou interesse lesado ou ameaçado.

Há de se considerar o dano existencial como um *hard case*, sendo necessário um verdadeiro círculo hermenêutico da norma ao fato e do fato à norma, motivo pelo qual exige um exame mais acurado. Deve-se utilizar o critério da transcendência: em que modo o dano transcendeu na vida do indivíduo, não necessariamente com um dano efetivo a ser demonstrado.

Com efeito, danos à saúde são presumíveis, pois um indivíduo que labora doze a quatorze horas por dia, ainda que assim o deseje, e ainda que seja remunerado (muitas vezes com salários pífios), o faz para meramente sobreviver, não gozando em sua plenitude da sua dignidade da pessoa humana. Sequer poderá estudar, informar-se, gozar de lazer ou devido repouso. Nitidamente o faz por necessidade ou porque está doente psicologicamente: Ocasão em que não deverá ocorrer proveito indevido por parte de seu empregador.

Transcende assim sua natureza, não necessitando da comprovação de um dano ao projeto de vida do indivíduo: é absolutamente presumível.

Assim também ocorre com uma pessoa que sofre danos a sua imagem pessoal e profissional no âmbito da rede mundial de computadores: a par do dano moral, da dor, do sofrimento, da humilhação, pode-se afirmar que pode ocorrer um dano existencial, especialmente se tal difamação puder obstar a pessoa a obter um novo emprego ou ter relacionamentos interpessoais.

Da mesma forma, deve haver sensibilidade em relação ao *bullying* e ao *cyberbullying*, violência grave contra a criança que poderá sofrer e causar graves danos às relações futuras e mesmo para a saúde, para além de unicamente o dano moral, do infante.

Pode-se dizer que se deve, a partir dessa luz, rever a própria segurança jurídica nos tempos atuais. Isso porque a herança kelseneana acerca da preocupação exacerbada com a segurança restringiu o Direito em uma estrutura autopoiética, auto-reproduzindo a norma a partir de sua aplicação, em um sistema binário de normas válidas ou inválidas em virtude da primazia da forma e do método de aplicação de sanções, deixando de lado o problema central da dinâmica entre os indivíduos e as infinitas mudanças que podem ocorrer caso a caso.³⁹¹

³⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 27

Positivistas mais modernos como Herbert Hart³⁹², por outro lado, já não veem o positivismo jurídico na norma, mas sim no fato social. De fato foi um grande avanço, mas ainda com o viés extremamente arraigado ao positivismo, à letra necrosada de uma lei que não acompanha as necessidades humanas para a proteção de sua dignidade.

Este avanço não pode passar sem reflexos profundos na análise nas decisões. Bobbio avançou no positivismo jurídico quando analisou o conceito de Direito então não sob um caso concreto, mas sim sob o pálio de eras concretas de aplicação do Direito. O Direito que então era visto sob uma nova óptica: seria legitimado e validado em determinada época.

Com efeito, Bobbio avançou ainda mais, partindo dos pontos iniciais de Kelsen, quando propõe novos pilares, já que se preocupa em formar a coerência e legitimação do ordenamento jurídico dentro do momento histórico em que inserido. O jurídico não pode, sob tal aspecto, ser reduzido à força e coação, e muito menos a força física. A legitimação também deve ser dada pelo convencimento, que não pode se dar por outro modo que não o argumento dentro de um contexto.

Assim, deve-se delinear novos pilares nas decisões judiciais, já que se deve preocupar em formar a coerência e legitimação do ordenamento jurídico dentro do momento histórico em que inserido. O jurídico não pode, sob tal aspecto, ser reduzido à força e coação, e muito menos a força física. A legitimação também deve ser dada pelo convencimento, que não pode se dar por outro modo que não o argumento dentro de um contexto.

O Direito, portanto, passara a ser contextualizado e não apenas a imposição da vontade do Estado sem se indagar o como ou seu por que. As regras de preenchimento de lacunas perpassaram pela interpretação do que seriam normas inclusivas e exclusivas, bem como a colmatação de lacunas legais e ideológicas. Tal admissão fora outro grande avanço dentro da teoria do Direito.

Não obstante, ainda que se vislumbre os avanços dentro do positivismo, sua nuance geral permanecera intacta, de modo a utilizar os mesmos métodos e acabar resvalando na mesma situação de outrora, linear e previsível e de certa forma engessada.

³⁹² HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 34.

Os tempos modernos clamam por novas concepções, revisitação de conceitos e novas soluções para os velhos e agravados problemas, que já há muito requisitavam argumentos na fundamentação de decisões judiciais, o que legitimava o Direito. O caráter político dos Tribunais está cada dia mais visível não se podendo manter, portanto, o antigo modelo.

Avanços foram visualizados e realizados a partir do pós-positivismo. Mas há uma dissonância lógica nessa nova visão, que particularmente mantém sua matriz de conhecimento e produção (ou reprodução) de conhecimento de modo linear e tradicional, o que irá afetar diretamente na concepção e aplicação do Direito. Faz-se necessário mudar o modo de raciocínio, a racionalidade dentro do Direito deverá ter uma nova luz.

Porque não poderia ser considerada a mudança de parâmetros estanques em relação a ciências humanas tais quais o Direito é inserido? Nesse sentido, podem-se considerar relações humanas tais quais o Direito, como portadoras de um método lógico, rígido a ponto de ser classificada como ciência?

A sociedade moderna é composta de riscos, da álea. As decisões, especificamente no caso pesquisado, parecem funcionar em uma óptica reconstrutiva e reducionista. Reconstrutiva porque a realidade nunca é a apreendida pela mente humana: o ser humano interpreta a realidade que vê (na verdade seria mais no sentido de “reprodutiva”), o que seria uma ilusão do que realmente é, analogamente com a teoria da caverna platoniana.³⁹³

Reducionista porque interpreta tal realidade sob uma lógica formal prévia, enquadrando aos padrões apreendidos em suas tradições e experiências, tentando auferir-lhe lógica na dinâmica do contexto, quase que de forma utilitarista em sua essência. Para o autor, todos supõem que o caos poderá ser reestruturado.

Nesse sentido, a Teoria da Argumentação jurídica possui função extremamente importante: a função básica da argumentação, conforme Atienza³⁹⁴, seria a de administrar argumentos, como por exemplo, o caso da dogmática. A filosofia do direito, sob tal aspecto, identifica-se com a teoria da argumentação jurídica, entre os aportes de explicação e de justificação. Todas essas concepções

³⁹³ DEMO, Pedro. **Certeza da Incerteza**: Ambivalência do conhecimento e a vida. Brasília: Plano, 2000.

³⁹⁴ ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 4 ed. Barcelona: Ariel, 2004, p. 254.

da lógica do raciocínio jurídico esbarram na conclusão da necessidade de argumentação e ampliação dos horizontes do Direito.

O dano existencial exige esse novo olhar dentro da análise do direito positivo a ser deduzido da cláusula geral dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Parte-se da premissa de que, de fato, o Direito positivo deve existir para que se possa ter um mínimo de segurança e estabilidade jurídica nas relações, não obstante deva ter uma abertura para a análise do caso concreto. Assim como não se pode cortar de maneira inflexível o direito material com o direito procedimental. Há de se ter um equilíbrio para que se possa estabelecer uma conexão multimodal dentro do Direito.

Essa conexão multimodal do Direito requer um novo olhar sobre o sistema. Requer um olhar mais atencioso para a interpretação e seu método interpretativo de modo a otimizar a aplicação do direito.

A visualização de conceitos formados tal qual ocorre com o dano existencial, ainda que sob a figura do tipo dentro do Direito, não pode ter em foco algo fechado. Até mesmo a figura do tipo tem como variante o “tipo aberto”, em que se necessita de interpretação no caso concreto para que se possa alcançar a sua melhor aplicação ao caso concreto. Se assim não fosse, seria quase que impossível solucionar tantos problemas advindos com a tecnologia moderna por ausência de legislação e tipologia direcionada para tal situação.

O conhecido como círculo hermenêutico, surgido no movimento da chamada “viragem linguística” sob tal aspecto, mostrou-se de muita valia na junção do que está expresso na lei no que poderá estar implícito, dado seu duplo sentido, conforme afirmado por Karl Larenz³⁹⁵, que parte do pressuposto de que a natureza do conceito sob os aspectos hegelianos é a manifestação e evolução de si próprio, formam conceitos de concretude maior ou menor, o que poderá formar ao que formulou como tipo.

“Este círculo hermenêutico, menos que defeito, é a marca da lógica, e pode ser visto também como a pretensão de produzir discursos que dispensam autoridade externa”³⁹⁶. Um discurso com pouca crítica, não suscita tanta polêmica, logo não

³⁹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 559.

³⁹⁶ DEMO, 2000, p. 20.

recebe tantos ataques. É um discurso cômodo tal qual a seleção de sobrevivência humana mais almeja, tal como ocorre em relação ao dano existencial nos Tribunais Brasileiros.

Há de se salientar a fragilidade da circularidade hermenêutica, que deve ampliar seus métodos para uma leitura mais transversalizada, ao invés de espiralada. Os avanços obtidos com a filosofia da linguagem devem continuar e serem aprimorados em prol de tal transvesalização.

No mundo hodierno, o existencialismo parece posto de lado. O ser humano passa a ser programado para as necessidades sociais de acúmulo de riqueza, dentro de um sistema de inflação instável e muitas vezes galopante, bem como nas ondas de desemprego e assédio moral para que se acentue a produção sempre com a ameaça premente de se perder o emprego por qualquer desagrado ao cliente e consumidor dos produtos e serviços vendidos sob um determinado padrão de “qualidade”.

Isso demonstra o pouco uso da racionalidade nas relações. O comodismo gerado pelo método científico especializado e pré-determinado. Pessoas que desejam ir além são até mesmo recriminadas, pois devem fazer o seu trabalho, naquilo que são treinadas para servir.

Ainda pior: nos tempos hodiernos, as pessoas estão tão especializadas e fragmentadas em determinada área que são incapazes de lidar com contestações de outras áreas porque estão inabilitados para argumentar, sendo que estão incapacitados, portanto, para lidar com suas próprias áreas de conhecimento especializado. Lógico, todo o contexto atual é interligado, complexo, não se havendo de falar em uma lógica reducionista.

O pensamento especializado cada dia mais está um pensamento estanque e problemático sob o ponto de vista da aplicação. E quem sofre as consequências é a humanidade, uma vez que todo o conhecimento deveria ser direcionado para a sua melhoria, harmonia e preservação de sua dignidade como um todo, atingindo cada ser que a compõe.

O papel do Direito é muito mais pedagógico do que repressivo, muito mais preventivo do que cogente, não obstante não se visualize tal razão em sua prática na realidade.

O direito não pode fechar os olhos para as mudanças, e muito menos os aplicadores do direito, essencialmente depois das adaptações e novas necessidades

humanas surgidas do seio do desenvolvimento tecnológico e científico, quando do surgimento de um novo ponto de desequilíbrio, uma nova crise é instaurada em um ponto de declínio e inflexibilidade, e logo se propõe um novo ciclo de evolução para a restauração da harmonia na sociedade.

Então que ocorre a crise do ser humano, a crise do Estado e assim a crise do Direito como um todo. Da crise devem-se extrair mudanças para a solução de novos (e velhos) conflitos e problemas. É tempo de repensar o ensimesmamento da dogmática: o dogmatismo.

CONCLUSÃO

Ao que os autores italianos costumam chamar de “crise do sistema de responsabilidade civil” na Itália, acarretada pela despatrimonialização e diluição dos danos, deu-se a personalização e aplicabilidade de um conteúdo ético em suas premissas fundamentais, modificando completamente o sistema de responsabilidade civil da Itália.

O sistema Italiano, hermeticamente fechado, teve de enfrentar o atual problema do agigantamento do poder privado, o crescimento dos riscos e do potencial de lesão ao ser humano. Fragmentando seus filtros de responsabilidade, assim, iniciou a fragmentação dos danos até isolar uma nova categoria, um *tertium genus* sobre os danos apresentados em seus Tribunais: O dano existencial.

O surgimento do debate italiano na jurisprudência sobre os danos não patrimoniais e a releitura dos institutos de responsabilidade à luz da Constituição e dos direitos fundamentais aceleraram todo o processo de crise que apresentava o sistema tradicional.

O próprio elastecimento da noção de danos extrapatrimoniais antecipou as necessidades de mudanças. Não se poderia mais utilizar a concepção restritiva de dano extrapatrimonial coincidente com o prejuízo de caráter exclusivamente moral ou como reflexo do que se poderia aferir patrimonialmente em decorrência deste dano moral.

Com efeito, extrapatrimonial significa fora da ideia e da lógica patrimonial econômica, não necessariamente coincidindo com a noção de moral ou genericamente imaterial. Remonta à ideia de qualquer dano a bens e interesses alheios à aplicação da lógica da diferença, teoria aplicada no ressarcimento e indenização de danos patrimoniais.

Necessitava-se assim de um novo paradigma sobre a responsabilidade civil de danos havidos fora da lógica patrimonial, portanto. Primeiramente, admitindo-se que tais danos jamais poderão ser indenizados como forma de se retornar ao *status quo*, e, secundariamente, admitindo-se que, sob esse aspecto, vários bens e interesses de natureza jurídica distinta poderão ser atingidos, não se tratando de compensação única e genérica.

Assim, do empirismo observado nos casos concretos da jurisprudência, verificou-se a necessidade de mudança no aspecto da aplicabilidade do sistema de

responsabilidade tradicional. A sociedade clamava pela justa indenização dos danos sofridos, especialmente sobre os estados de danos potencializados nos riscos da pós-modernidade.

Com a mudança de paradigmas jurídicos ocorrida não apenas na Itália, mas tão logo espalhada em toda a Europa ao longo dos anos, através do movimento de constitucionalização do direito civil e publicização do direito privado, as Cortes Italianas acabaram por ampliar a noção de dano, bem como o campo de aplicação do sistema de responsabilidade e indenização, tanto nos aspectos ressarcitórios como compensatórios.

Tal situação levou à construção de uma cláusula geral de indenização, bem como ao isolamento de uma nova figura de dano pela jurisprudência, a saber, o chamado dano existencial.

Por outro lado, este isolamento não foi deduzido de maneira metódica, técnica ou científica, o que ocasionou questionamentos e críticas sobre a possibilidade da categorização de mais uma modalidade de dano extrapatrimonial distinto do dano moral.

A evolução do direito italiano quanto ao dano existencial mostrou-se complexa e delicada, perpassando por conceitos insuficientes como o dano biológico, dano a saúde, dano à vida de relação, dano à capacidade laborativa genérica, dano “hedonístico”, todos se mostrando insuficientes e capazes de descambar em uma superinflação de danos de maneira desordenada.

Assim como na Itália, o dano existencial na Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como no Brasil necessita de reconhecimento, estudo e demonstração de sua autonomia.

Não apenas em relação ao dano existencial. Com a aplicação dos critérios da forma devida, dentro da pureza científica, acaba-se por criar um novo ramo do direito, uma subdivisão da responsabilidade civil, autônoma, com lógica própria, critérios próprios e princípios básicos próprios: O direito dos danos. Cada espécie de dano deverá ser estudado de forma separada e evidenciado em seu conteúdo e aplicabilidade.

Em relação ao dano existencial como categoria autônoma, objeto do presente trabalho, poderá ser mais uma forma de reparação integral da dignidade da pessoa humana, bem como, isoladamente considerado, poderá ser cumulável tal como já ocorre em relação ao dano estético.

Tal cumulação, devidamente demonstrada, acaba por afastar o argumento do enriquecimento sem causa, quando se depara com um pedido de compensação por danos morais cujo montante seja considerado muito alto em seu valor.

Ademais, tal reconhecimento da categorização e autonomia do dano existencial fará com que, uma vez requerida a compensação por danos morais em uma determinada ação, esta não faça coisa julgada material em relação aos danos existenciais, os quais poderão ser requeridos em outra nova ação específica para tal fim.

Por outro lado, deve-se superar a ausência de critérios e a superficialidade do Poder Judiciário, que utilizando-se unicamente de sua autoridade, apresenta critérios vazios e desprovidos de fundamentação teórica e mesmo aprofundada do caso concreto para que possa realizar-se a justiça, aproximando-se da realidade do indivíduo e realizando assim os preceitos constitucionais fundamentais.

Em suma, o reconhecimento da autonomia da categoria do dano existencial em relação a outras espécies de dano extrapatrimonial, além da mudança teórica, ocasiona um incremento na proteção integral do ser humano em sua dignidade, tanto no aspecto do direito material quanto no aspecto do direito processual, quando da realização e mesmo prevenção do dano, bem como possui aspectos práticos, quando se menciona a hipótese de busca de solução através do Poder Judiciário.

Isso porque, conforme demonstrado, o Poder Judiciário brasileiro ainda diverge em relação ao tema, predominantemente cometendo o equívoco de entender e aplicar o dano existencial como sinônimo de dano moral, ocasionando inúmeras decisões de conteúdo teratológico, as quais, se uma vez considerados de caráter vinculante como um precedente, por exemplo, se descompromissará com o melhor entendimento dos institutos jurídicos.

Ademais, acaso não ocorra essa mudança de paradigma, o cometimento de grandes injustiças será perpetuado, fazendo com que o sistema não seja mais considerado coerente e uno, no ideal de interpretação para a integridade do próprio direito e do ordenamento jurídico de um Estado.

Desta forma, faz-se de extrema necessidade o reconhecimento do dano existencial como categoria jurídica autônoma como um mecanismo mais sofisticado e auxiliar da realização do valor absoluto da dignidade da pessoa humana de modo a proporcionar sua proteção integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABCMED, 2013. **Cistoscopia: o que é e como se realiza? Qual é o preparo para o exame? Para que serve? Existem riscos?** Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/exames-e-procedimentos/357809/cistoscopia-o-que-e-e-como-se-realiza-qual-e-o-preparo-para-o-exame-para-que-serve-existem-riscos.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 3 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana**, 2003. Disponível em <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/.../DANO%20EXISTENCIAL.doc>

ALTALEX. ***Il danno non patrimoniale è risarcibile anche nel caso di colpa presunta***. Corte Costituzionale d'Italia: Roma, 2008. Disponível em <<http://www.altalex.com/documents/news/2008/08/27/il-danno-non-patrimoniale-e-risarcibile-anche-nel-caso-di-colpa-presunta>>

ATIENZA, Manuel. ***El sentido del Derecho***. Barcelona: Ariel, 2004

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalização do mal**. São Paulo: Companhia das letras, 1999

_____. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009a

_____. **A promessa da política**. 2 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2009b

ARISTÓTELES. **Órganon**. Trad. Edson Bini. 2 ed. Bauru: Edipro, 2010

_____. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002

ARTICULO 643. ***Il caso Barilla***. Associazione Nazionale Vittime Errori Giudiziari: Bolonha. Disponível em <<http://www.art643.org/I-Casi/ID/4/Il-caso-Barilla>>

ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**. 4 ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

ASSOCIAZIONE MAGISTRATI DELLA CORTE DEL CONTI. ***Sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite, n. 500, depositata il 22 luglio 1999***. Disponível em <<http://www.amcorteconti.it/root/99.htm>>

ATIENZA, Manuel. ***El sentido del Derecho***. 4 ed. Barcelona: Ariel, 2004.

AZEVEDO, Alvaro Vilaça. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Atlas, 2003

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Assédio Moral no Trabalho: Responsabilidade do Empregador**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2014

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal Estar da Pós Modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 16.

BEANE, Allan L. **Proteja seu filho do bullying**. Rio de Janeiro: Besteller, 2010

BEBBER, Julio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações**. Revista LTR. Vol. 73 nº 1, janeiro de 2009

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

_____. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995

_____. **Dalla Struttura ala Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto**. Edizioni di Comunità: Bologna, 1984

BOURDIEU, Pierre **O poder simbólico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003

BRASIL. **Esclarecimento sobre tabela de precedentes de dano moral**. Superior Tribunal de Justiça: Brasília, 2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Esclarecimento-sobre-tabela-de-precedentes-de-dano-moral>

_____. **Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais**. Superior Tribunal de Justiça: Brasília, 2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-adota-m%C3%A9todo-bif%C3%A1sico-para-defini%C3%A7%C3%A3o-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-por-danos-morais>

BRASIL. **HC 128.880**. Supremo Tribunal Federal. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+128880.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nr3s7jj>> Acesso em: 28 out. 2015.

CAHALI, Yusef Said. **Dano Moral**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Julio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Leme: Edijur, 2014

_____. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2009

CAPRA, Fitjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. Trad. Mayra Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2014

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrícia. **Il ressarcimento del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2003

_____. Biblioteca. **Giuseppe Cassano – La Giurisprudenza del Danno Esistenziale**. Persona e danno: Trieste, 2007. Disponível em <https://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=24320&catid=237&Itemid=490&contentid=0&mese=05&anno=2007>

COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso 12.465) contra Ecuador**. Disponível em <<http://www.cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf>>

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

CONSEIL D'EUROPE. **Resolution 75: Relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et des décès**. France: Comité des Ministres, 1975. Disponível em <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f1a02>>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú: Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas)**, 1998. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>

COSTA, Márcia. **CID por código**. Orientação Médica Essencial: Paraná, 2013. Disponível em <<http://orientacaomedicaessencial.com.br/ferramentas/cid-10/cid-por-codigo/>>

COSTA NETO, Raimundo Silvino; LUNARDI, Fabrício Castagna; RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza. **Sentença Cível: Estrutura e técnicas de elaboração**. São Paulo: Método, 2015

CURY: Augusto. **Ansiedade: Como enfrentar o mal do século**. São Paulo: Saraiva, 2013

DEMO, Pedro. **Certeza da Incerteza: Ambivalência do conhecimento e a vida**. Brasília: Plano, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

DIAZ M. Gonzalo E. **Ecografia em cor**. Bogotá: Telemedicina. Disponível em <<http://gonzalodiaz.net/portugues/ecografiaabdominal.shtml>>

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17 ed. Salvador: Juspodvm, 2015

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013

DIRITTO CIVILE-IT. **Corte Cost. n. 184/1986 su danno biologico**. Corte costituzionale del 14 luglio 1986 n. 184. Disponível em <<http://www.diritto-civile.it/utilita/Corte-Cost-n-184-1986-su-danno-biologico.html>>

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1999

_____. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003

FACCHINI NETO, Eugenio. **O poder judiciário e sua independência: Uma abordagem de Direito Comparado**. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, ano 3, n. 8, jul/set 2009

FALCÓN, Candelária Araújo. **Dano ao “Projeto de Vida”: Um novo horizonte às reparações dentro do sistema Interamericano de Direitos Humanos?**. REVISTA DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA Unijui: Ijuí. Ano 3, n. 5 jan./jun., 2015. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>>

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015

FELIZARDO, Aloma Ribeiro. **Cyberbullying: difamação na velocidade da luz**. São Paulo: Willem Books, 2010

FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. **As pesquisas denominadas “estado da arte”**. In: Educação & Sociedade, ano XXIII, no 79, Agosto, 2002, p. 258. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n79/10857.pdf>> Acesso em 20 dez. 2016.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: Le Libertà Fondamentali**. Torino: Gianppichelli, 1995

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal. 2006.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 2004

GEERTZ, Clifford. **Nova luz sobre a antropologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001

GIOVANNETTI, Andrea (Org.). **60 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquista do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

HOSPITAL ALBERT EINSTEIN. **Síndrome de burnout**. 2007. Disponível em <<http://www.einstein.br/einstein-saude/em-dia-com-a-saude/Paginas/sindrome-de-burnout.aspx>>

HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**. Rio de Janeiro: Forense, 2012

ITALIA. **Cassazione civile, sentenza n. 8827 del 31 maggio 2003, sezione III**. Il sole 24 ore: Roma, 2003. Disponível em <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Speciali/2005/Documenti%20lunedì/19 dicembre2005/CASS_CIV_8827_2003.pdf?cmd%3Dart>

_____. **Codice Civile**. Milano: Altalex, 2013. Disponível em <https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/politics/research/statorg/italy/ngo/Association_Law_-_Codice_Civile.pdf>

_____. **Codice Penale**. Disponível em <<http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>>

_____. **Codice di procedura civile**. Milano: Altalex, 2014. Disponível em <<http://www.paolonesta.it/attachments/article/1533/Codice%20di%20Procedura%20Civile,%20Ed.%20Marzo%202014%20-.pdf>>

_____. **Codice di procedura penale**. Disponível em <http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf>

_____. **Constituzione della Repubblica italiana**. Senato della Repubblica. 2012. Disponível em <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>

_____. **Legge 117 di 13 aprile 1988. Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati**. Disponível em <http://www.governo.it/Presidenza/USR/magistrature/norme/L117_1988.pdf>

_____. **Legge n. 675 del 31 dicembre 1996. Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali**. Disponível em <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>>

_____. **Sentenza 184**. Roma: Corte Costituzionale, 1986. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0184s-86.html>>

_____. **Sentenza 21 ottobre 1999 n. 9417.** TRIBUNALE DI MILANO: Milano, 1999. Disponível em <<https://www.personaedanno.it/danno-esistenziale/trib-milano-21-ottobre-1999-g-u-chindemi-immissioni-acustiche-e-danno-esistenziale>>

_____. **Sentenza 6607.** Roma, 1886. Disponível em <<https://personaedanno.it/generalita-varie/cass-sez-iii-11-novembre-1986-n-6607-pres-scribano-est-mattiello-l-inaugurazione-in-sede-di-legittimita-della-responsabilita-eso-familiare>>

_____. **Sentenza 9009 3 di luglio di 2001.** Corte de Cassazione: Roma, 2001. Disponível em <<http://www.studiocesarerosso.it/cgi-bin/allegati/Corte%20Cassazione%20-%20Sentenza%20n.%2021225-2015%20-%20Danno%20per%20mancata%20fruizione%20di%20riposo%20compensativo.pdf>>

_____. **Sistemas Judiciais nos Estados-Membros.** União Europeia: European Justice, 2016. Disponível em <https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-it-pt.do?member=1>

_____. **Testo integrale della Corte d'Apello 21 febbraio 2001.** Persona e danno: Trieste, 2001. Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OIPEuc6MZ7gJ:https://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_001204_resource1_orig.doc+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade.** Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006

JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade civil.** Revista forense, Rio de Janeiro, RJ, v 38, n.354

JOURDAIN, Patrice. **Les Principes de la responsabilité civile.** 7 ed. Paris: Dalloz, 2007

JUSBRASIL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 163820125040020.** Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/229776508/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-163820125040020/inteiro-teor-229776513>>

_____. **APL 00194167620108190202 RJ 0019416-76.2010.8.19.0202.** Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205928859/apelacao-apl-194167620108190202-rj-0019416-7620108190202>>

_____. **RECURSO DE REVISTA: RR 3545920135240007.** Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234216911/recurso-de-revista-rr-3545920135240007/inteiro-teor-234216929>>

_____. **RECURSO DE REVISTA: RR 3545920135240007.** Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234216911/recurso-de-revista-rr-3545920135240007>>

_____. **JUSBRASIL. RO-0001339-14.2014.5.08.0015.** Tribunal Regional da 8ª Região. 4ª Turma. Relatora Desembargadora Pastora do Socorro Teixeira Leal. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/304957073/andamento-do-processo-n-0001339-1420145080015-ro-12-02-2016-do-trt-8>>

_____. **RO 00000407320145040383 RS 0000040-73.2014.5.04.0383.** Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234220549/recurso-ordinario-ro-407320145040383-rs-0000040-7320145040383>>

_____. **RO 00215951120145040331 RS 0021595-11.2014.5.04.0331.** Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 1ª Turma. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236021844/recurso-ordinario-ro-215951120145040331-rs-0021595-1120145040331/inteiro-teor-236021867>>

_____. **RO 00206062520145040292 RS 0020606-25.2014.5.04.0292.** Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 4ª Turma. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236020727/recurso-ordinario-ro-206062520145040292-rs-0020606-2520145040292/inteiro-teor-236020746>>

_____. **RO PROCESSO nº 0020339-17.2014.5.04.0013.** Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 8ª Turma. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234210503/recurso-ordinario-ro-203391720145040013-rs-0020339-1720145040013/inteiro-teor-234210510>>

_____. **RO 00005693320145020065 SP 00005693320145020065 A28.** Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Disponível em <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158604853/recurso-ordinario-em-rito-sumarissimo-ro-5693320145020065-sp-00005693320145020065-a28>>

_____. **RO 00030980320145120047 SC 0003098-03.2014.5.12.0047.** Tribunal Regional do Trabalho da décima segunda região. Disponível em <<http://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/233459002/recurso-ordinario-trabalhista-ro-30980320145120047-sc-0003098-0320145120047>>

_____. **RO 02169201301403003 0002169-55.2013.5.03.0014.** Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Disponível em <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219921234/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2169201301403003-0002169-5520135030014>>

_____. **RO 00004918220125040023 RS 0000491-82.2012.5.04.0023.** Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129131500/recurso-ordinario-ro-4918220125040023-rs-0000491-8220125040023>>

_____. **STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 688993 RJ 2015/0071173-5.** Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188576284/agravo-em-recurso-especial-arep-688993-rj-2015-0071173-5>>

_____. **STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 723188 RS 2015/0134939-0.** Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202458076/agravo-em-recurso-especial-arep-723188-rs-2015-0134939-0>>

_____. **STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1183378 RS 2010/0036663-8.** Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/relatorio-e-voto-21285516>>

JUSBRASIL. **TJ-AM - Apelação: APL 00322127920068040001 AM 0032212-79.2006.8.04.0001. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.** Disponível em <<http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199125437/apelacao-apl-322127920068040001-am-0032212-7920068040001/inteiro-teor-199125440>>

_____. **TJ-MG - Apelação Cível: AC 10394100112363001 MG.** Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115957168/apelacao-civel-ac-10394100112363001-mg/inteiro-teor-115957216>>

_____. **TJ-PR - PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO - Recursos - Recurso Inominado: RI 000445727201381601870 PR 0004457-27.2013.8.16.0187/0 (Acórdão).** Disponível em <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182305665/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-445727201381601870-pr-0004457-2720138160187-0-acordao>>

_____. **TJ-RJ - APELAÇÃO : APL 00323008220118190209 RJ 0032300-82.2011.8.19.0209.** Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152471434/apelacao-apl-323008220118190209-rj-0032300-8220118190209/inteiro-teor-152471449>>

_____. **TJ-RJ - APELAÇÃO: APL 00194167620108190202 RJ 0019416-76.2010.8.19.0202.** Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205928859/apelacao-apl-194167620108190202-rj-0019416-7620108190202/inteiro-teor-205928871>>

_____. **TJ-RS - Embargos de Declaração: ED 70046569141 RS.** Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21472127/embargos-de-declaracao-ed-70046569141-rs-tjrs/inteiro-teor-21472128>>

_____. **TJ-RS - Apelação Cível: AC 70052084670 RS.** Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113186554/apelacao-civel-ac-70052084670-rs/inteiro-teor-113186564>>

_____. **TJ-SP - Apelação: APL 4820374000 SP.** Relator Enio Santarelli Zuliani 29/01/2009. Disponível em <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2610181/apelacao-apl-4820374000-sp/inteiro-teor-101009090>>

_____. **TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO: RO 00121403320135010204.** Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Disponível em <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/206631035/recurso-ordinario-ro-121403320135010204-rj>>

_____. **TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO: RO 00111496420145010061 RJ.** Tribunal regional do trabalho da primeira região. Disponível em <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183762671/recurso-ordinario-ro-111496420145010061-rj>>

_____. **TST: ARR 764620145230041.** Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Turma. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234230014/arr-764620145230041/inteiro-teor-234230033>>

_____. **TST - RECURSO DE REVISTA: RR 14439420125150010.** Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182343323/recurso-de-revista-rr-14439420125150010>>

_____. **TST - RECURSO DE REVISTA: RR 1548020135040016.** Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178796529/recurso-de-revista-rr-1548020135040016>>

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

_____; HASSMER, W. **Introdução a filosofia do direito e a teoria do direito contemporâneo.** 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978

_____. **Metodologia da ciência do Direito.** 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Orientação para a tese datada do dia 05 de setembro de 2015

_____. Orientação para a tese datada do dia 07 de dezembro de 2016

_____. Aula ministrada na Universidade da Amazônia dia 15 de fevereiro de 2017

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (org.) **Direito civil-constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso.** São Paulo: Editora Método, 2014

LEAHY, Robert L. **Livre de ansiedade**. Tradução: Vinicius Figueira. Porto Alegre: Artmed, 2011

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012

LORIO, Giovanni. **Infideltà coniugale e risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè Editore. Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=QIDXAfYiZpAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 10 set. 2015

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

_____. **Teoria da decisão judicial: Fundamentos de Direito**. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

MARCHIONNI, Antonio. **Ética: A arte do bom**. Petrópolis: Vozes, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

_____. **Tutela Inibitória: Individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio Moral no Emprego**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/mazzuoli.html>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009

MIGALHAS. **STF repreende "copia e cola" e suspende prisão preventiva com fundamentação genérica**. 28 out. 2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI229173,41046-STF+repreende+copia+e+cola+e+suspende+prisao+preventiva>

MILLER, Alice. **O Drama da Criança Bem Dotada**: Como os pais podem formar (e deformar) a vida emocional dos filhos. Trad. Cláudia Abeling. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 1997

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte geral. 2 ed. Rev e At. T2. Campinas: Bookseller, 2000

MIRANDA JUNIOR, Helio Cardoso de. **Um psicólogo no Tribunal de Família: a prática na interface de Direito e Psicanálise**. Belo Horizonte: Arte Sã, 2010

MORAES, Hermes Santos Blumenthal de. **O papel das cláusulas gerais e sua aplicação no direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Paixão, 2014

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

MORIN, Edgar. A articulação dos saberes. In: **Os sete saberes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2002

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e (org.). **CPC referenciado Lei 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do direito, 2015

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JUNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. **A torre de babel das novas adjetivações do dano**. Direito Unifacs: Salvador. n 176, 2015. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3477/2491>>

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoria general**. Madri: Eudema, 1991

PENHA, João da. **O que é existencialismo**. São Paulo: Brasiliense, 2014

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

PINTO, Fernando Gomes. **Você é vítima de estafa mental?** Hospital Daher, Brasília, 22 jan. 2013. Entrevista. Disponível em <<http://www.hospitaldaher.com.br/daher/voce-e-vitima-de-estafa-mental>>

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2 ed. Novo Hamburgo: Universidade Feevale, 2013

RAWLS, John. **Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999

_____. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. 4 T. São Paulo: Saraiva, 2004

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2008

_____. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995

ROCHA, Carmen Lucia Antunes (coord). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Forum, 2004

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011

RUSSO, Paolo. **La responsabilità civile: Il danno esistenziale**. San Mauro Torinese, 2014

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 21 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 5 ed. Salvador: Juspodvm, 2015

SARMENTO, Daniel. SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a

_____. **Direitos humanos e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: Ensaio de ontologia fenomenológica. 22 ed. Petrópolis: Vozes, 2013

SCOGNAMIGLIO, Renato. **Il Danno Morale**. *Rivista di diritto civile*, n. 03, 1957

SCHAFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. **A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, jan/jun, 2013

SCHAMPS, Geneviève. **La mise em danger: um concept fundacteur d'un principe général de responsabilité**. Bruxelas: Bruylant e Paris: LGDJ, 1998

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2009

SESSAREGO, Carlos Fernandez. **El daño al "proyecto de vida" em la jurisprudência de la corte interamericana de derechos humanos**, 1996
Disponível em
<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_

da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e>

_____. **El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** In: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley*: Buenos Aires, 1999. Disponível em <<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista10/LECTURA.htm>>

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

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova.** *Revista de Processo.* São Paulo: RT, ano 38, v. 222, agosto/2013

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise.** 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** 6 ed. São Paulo: Método, 2011

_____. **O novo CPC e o direito civil: Impacto, diálogos e interações.** São Paulo: Método, 2015

TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Problemas de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional,** São Paulo: Atlas, 2008.

TEREZO, Cristina. **Parte I: A Dinâmica dos Direitos Humanos e a Estática dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** In: GIOVANNETTI, Andrea (org). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** 2 ed. Porto Alegre: Julio Fabris Editor, 2003

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental.** 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2013

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudência del tribunal constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997.

UNIVERSIDADE DA AMAZÔNIA. Sistema de bibliotecas da Unama. **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos.** Belém: Unama, 2013. Disponível em

<<http://www.unama.br/novoportal/biblioteca/attachments/article/126/Manual%20ABNT%20UNAMA%2004-08-2014.pdf>>

UNDURRAGA, Gabriel Álvares. **Metodología de la Investigación Jurídica**. Santiago: Universidad Central del Chile, 2002

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2013

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

ZIVIZ, Patricia. **Il danno non patrimoniale: Evoluzione del sistema risarcitorio**. Milano: Giuffrè, 2011