

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL¹

Amanda Pereira Macedo²

RESUMO

O presente trabalho visa delinear o conceito de dano existencial enquanto espécie autônoma de dano extrapatrimonial, a fim de fundamentar a necessidade de seu reconhecimento no cenário jurídico nacional. Para tanto, inicia-se o estudo com uma abordagem à tutela da pessoa na Constituição da República de 1988 e à dignidade humana como valor que norteia o Estado Democrático de Direito. Em seguida, procede-se à uma breve descrição das modificações do conceito de direito civil ao longo da história a fim de justificar e demonstrar os processos que levaram à influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, chegando-se ao modelo sob o qual se estrutura a responsabilidade civil atualmente. Após, realiza-se um estudo breve da evolução do conceito de dano e de suas modalidades gerais, quais sejam o dano patrimonial e o extrapatrimonial, antes que se adentre especificamente no dano existencial. Ao ser abordado o dano existencial propriamente dito, procede-se a um esboço de seu conceito e ao estudo de sua presença no Brasil, a fim de fundamentar a necessidade de ampliação de seu reconhecimento no cenário jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Cláusula geral. Dano extrapatrimonial. Dano existencial. Dano ao projeto de vida.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A tutela da personalidade e o paradigma de indenização na ordem constitucional de 1988 - 2.1 As transformações históricas da ideia de direito civil - 2.2 A influência dos direitos fundamentais nas relações privadas - 2.3 A tutela da pessoa humana como o novo paradigma - 2.4 A reponsabilidade civil no código de 2002 e a cláusula geral de tutela da pessoa 3. Dano existencial - 3.1 A evolução do conceito de dano à pessoa humana - teoria da diferença e teoria do interesse - 3.2 Dano patrimonial e dano extrapatrimonial - 3.3 Do dano existencial - 3.3.1 Histórico - 3.3.2 Conceito – 3.3.3 O reconhecimento do dano existencial pelo direito brasileiro - 4. Conclusões – Referências.

¹ Artigo apresentado no curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Keila Pacheco Ferreira.

² Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: amandapmacedo21@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

As intensas transformações sociais experimentadas pela humanidade no transcorrer do século XX provocaram um questionamento na comunidade jurídica internacional a respeito de qual deveria ser a verdadeira função do Direito dentro de uma ordem social, questionamento este surgido em decorrência dos grandes atentados e conflitos armados que se desenrolaram durante aquele período histórico.

Neste cenário, em virtude da preocupação de se proteger efetivamente a pessoa humana, surgiram, no cenário jurídico mundial, inúmeras cartas constitucionais, declarações e tratados voltados especificamente para este fim, sendo, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos a detentora inegável de maior relevância.

Assim, nesta mesma lógica então nascente é que se instaurou também a nova ordem constitucional brasileira, primando pela utilização de cláusulas gerais de tutela da pessoa humana para viabilizar a máxima proteção e promoção da dignidade que a ela reconhece como inerente.

Uma vez estabelecidos os novos parâmetros norteadores da República Federativa do Brasil, passou a impor, o Direito Civil-Constitucional, uma nova hermenêutica de interpretação e aplicação dos institutos característicos do Direito Civil, os quais devem agora se desenrolar em moldes que coadunem com o novo mandamento constitucional, demandando, assim, nova postura doutrinária, jurisprudencial e legislativa neste sentido.³

Dado o exposto, é ante a necessidade de realização da plena proteção e promoção da dignidade da pessoa humana que se justifica o presente estudo, haja vista que a ampliação do reconhecimento da nova modalidade danosa conhecida como dano existencial e a sua expansão para além das órbitas tímidas em que se encontra contida atualmente - restringidas, por enquanto, majoritariamente à Justiça do Trabalho -, não só se prestam a esse fim como se fazem necessários ao seu alcance.

³ FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. **A cláusula geral da tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional.** Revista de Direito Privado (São Paulo), v. 54, p. 11-43, 2013. p. 3.

Para o desenvolvimento e conclusão do trabalho foram utilizadas diferentes técnicas de pesquisa a fim de reunir informações de base para a construção do estudo.

Elegeu-se, inicialmente, a técnica de pesquisa indireta para coleta e investigação acerca das prévias contribuições científicas sobre o tema, realizando-se, para tanto, uma pesquisa bibliográfica de análise dos conteúdos contidos em livros e artigos científicos qualificados, publicados em revistas e periódicos jurídicos.

Em seguida, realizou-se uma pesquisa documental com o escopo de coletar informações sobre a tratativa da matéria feita pelos tribunais jurídicos pátrios e a sua guarida nos diversos diplomas legais, para proceder à construção das conclusões.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, uma vez que, através de um raciocínio lógico empreendido, funda-se tais conclusões nas premissas obtidas através do conhecimento depreendido da análise das fontes acima citadas.

2. A TUTELA DA PERSONALIDADE E O PARADIGMA DE INDENIZAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

2.1 AS TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DA IDEIA DE DIREITO CIVIL

Convém, inicialmente, antes da abordagem ao modelo sobre o qual se estrutura a proteção à pessoa humana na atual ordem constitucional, traçar um breve panorama do contexto histórico antecedente, perpassando, sobretudo, pelas transformações sofridas pela ideia de direito civil a fim de demonstrar os processos que levaram à influência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A primeira noção mais concreta de direito civil surgiu historicamente a partir da sistematização formulada por Jean Domat que, adepto do racionalismo, efetuou uma separação mais clara entre as leis civis e as leis públicas, cuja obra influenciou a edição do Código Civil francês em 1804. A partir de então, intensificaram-se as codificações jurídicas ao longo do século XIX, as quais tiveram seus conteúdos majoritariamente inspirados no *Code*.

O direito civil, então identificado com sua própria codificação, passou a ser enxergado como a esfera do Direito que salvaguardava a liberdade individual,

regulamentando as relações entre as pessoas privadas e impondo a estas somente as limitações que se fizessem estritamente necessárias ao bom convívio social.⁴

Ao direito público, noutra via, reservava-se somente a tutela dos interesses gerais e comuns. Ante a impermeabilidade das duas esferas, cabia ao Estado, conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes, “impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão das exigências dos próprios indivíduos.”⁵

Ao longo do século XIX, as transformações que se sucederam provocaram uma mudança de cenário, colocando em declínio a corrente liberalista imperante, que tinha como pilar fundamental a separação entre Estado e sociedade civil, iniciando-se um movimento de construção de uma justiça social mais forte, impulsionado, dentre outros fatores, pelo processo de industrialização e aumento do trabalho subordinado.

Conseqüentemente, face a um Estado agora intervencionista e regulamentador, o direito civil não mais poderia ser visto sob os moldes anteriores, se distanciando daquela que se constituiu, até então, sua principal função: a salvaguarda da posição do indivíduo frente ao Estado. A *summa divisio* apregoada por Jean Domat viu-se então fragilizada.

A superveniência dos grandes conflitos armados e atentados contra a humanidade experimentados no século XX agravou a vulnerabilidade da tradicional divisão acima narrada. Tais episódios, ao esbarrarem em um direito privado já modificado, intensificaram as preocupações e transformações conceituais ocorridas na sociedade até aquele momento.

A separação entre direito privado e direito público viu-se, a partir daquele período, atenuada; a concepção de direito civil passou a englobar, por conseguinte, mecanismos e procedimentos típicos do direito público para a manutenção e proteção da atividade e interesses da pessoa humana⁶.

2.2 A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 4-5.

⁵ Ibidem, p. 5.

⁶ Ibidem, p. 7.

Com a consolidação do que parecia ser a superação da tradicional dicotomia⁷ preconizada por Jean Domat tornou-se possível, juridicamente, a aplicação de normas de ordem constitucional às relações jurídicas disciplinadas pelo Código Civil. Este, por seu turno, não mais ocupou espaço privilegiado no centro de tais relações, uma vez que a Constituição da República de 1988, trouxe consigo o surgimento de outras codificações e dispositivos normativos disciplinadores de outros aspectos da vida privada.⁸

O Estado Democrático de Direito inaugurado pela Carta Magna – a qual elencou como fundamentos deste a dignidade da pessoa humana, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁹ - trouxe consigo a perda da razão de ser da divisão entre direito público e privado outrora dominante, uma vez que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elencados no artigo 3º, inciso I a IV, da novel Constituição¹⁰ direcionaram todo o ordenamento jurídico do país à proteção da pessoa humana, a qual passou a configurar ponto conformador de todos os ramos do direito.

A ordem constituinte impõe, agora, uma hermenêutica que exige a incidência de suas normas à todos os diplomas hierarquicamente inferiores, dentre os quais figura aquele que reúne em si a normativa das matérias atribuídas ao direito civil.

A observância a tal regra hermenêutica, que encontra fundamento no princípio da legalidade constitucional¹¹, é requisito de validade das normas ordinárias, as quais devem ser editadas e interpretadas em consonância com o Texto Maior. Acredita-se que negar esta regra, no novo contexto, implica não só em desrespeito ao princípio

⁷ Sobre o tema, convém ressaltar: “Não se pode negar a existência de raízes culturais e de referências legislativas que tratam, ainda hoje, inteiras matérias em conformidade com a distinção direito público-privado. Todavia, não parecem mais aceitáveis – considerando a unidade do ordenamento – nem a validade da *summa divisio*, nem os critérios clássicos de diferenciação.” Ibidem, p. 9.

⁸ São eles, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Locações, a Lei do Direito Autoral, entre outros.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de maio de 2019.

¹⁰ Idem.

¹¹ Sobre o princípio da legalidade como norteador do Estado Democrático de direito, pontua José Afonso da Silva: “O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 121.

supracitado, como afronta ao próprio Estado Democrático de Direito e à unidade do sistema.

Convém elucidar que a ideia de unidade sistemática se desenvolveu socialmente concomitantemente ao fortalecimento da ideia de hierarquia das fontes normativas apregoada por Hans Kelsen e à mudança conceitual sofrida ideia de direito civil. Tal hierarquia, cumpre esclarecer, pressupõe a existência de uma norma fundamental, cuja existência fundamenta a validade da Constituição e de toda a ordem jurídica inferior¹².

Todas estas transformações mencionadas interligam-se, na medida em que a adoção da ideia de unidade de uma ordem jurídica implica, notadamente, na admissão da existência de princípios superiores que permeiam todo o sistema e evitam a sua fragmentação, restando, por conseguinte, completamente incompatível com ele a contraposição entre dois de seus ramos, como ocorria anteriormente entre o direito público e o direito privado.

Hoje, todas as normas infraconstitucionais passam a ser lidas sob a luz da Constituição. Por conseguinte, as normas de direito civil devem refletir, agora, direta ou indiretamente, as regras e princípios constitucionais que, em última instância, impõem a proteção à dignidade da pessoa humana como fim máximo a ser perseguido pelo ordenamento jurídico pátrio¹³.

É esta a perspectiva que norteará o presente estudo.

2.3 A TUTELA DA PESSOA HUMANA COMO O NOVO PARADIGMA

¹² A respeito desta concepção, leciona Hans Kelsen: “Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, **enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada.**” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 141. Grifo próprio.

¹³ “Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais e a unidade do ordenamento jurídico [...], para o direito civil, isto vem a significar uma completa transformação, uma verdadeira transmutação. Assim, por exemplo, no direito de família: a tutela codicista voltada, para o patrimônio, foi completamente ultrapassada pela garantia constitucional de proteção prioritária às pessoas vulneráveis, isto é, filhos – crianças e adolescentes – e idosos. Do mesmo modo na relação de consumo, com a promulgação, determinada pela Constituição, de um Código de Defesa do Consumidor; a determinação da função social da propriedade, cujo descumprimento gera efeitos previstos no próprio Texto Maior; a previsão da reparação de danos morais (então fortemente criticada).” MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit, p. 31.

O trágicos episódios vividos pela humanidade no transcorrer do século XX – as duas grandes guerras e, especialmente, as arbitrariedades nazistas – trouxeram à lume a incapacidade de um Estado de Direito racionalista, que se inspirava nos ideais do iluminismo, em combater as injustiças e regimes totalitários que se instalaram naquele período.¹⁴

A legalidade estrita, paradigma então imperante, abria margem para o cometimento de abusos estatais até então inéditos na história¹⁵.

A efetivação dos direitos humanos nunca se mostrou tão urgente quanto naquele período, tendo, sobretudo, o término da Segunda Grande Guerra, constituído um marco rumo à consolidação dos Estados Democráticos de Direito, os quais se fundaram em princípios que modificaram as normas jurídicas antes imperantes, voltando-as ao objetivo máximo das novas ordens instaladas: a proteção e promoção do valor da dignidade da pessoa humana.

Em meio a um cenário de caos e inseguranças, a ética da liberdade fora substituída pela ética da responsabilidade (ou solidariedade) e a tutela da autonomia do indivíduo cedeu lugar à proteção da dignidade humana. Esta, elevada ao status de princípio constitucional, impõe, agora, aos civilistas o dever de observá-la, defendê-la e buscá-la a cada elaboração doutrinária e jurisprudencial e a cada processo interpretativo e de aplicação das normas jurídicas.

O direito civil não deve mais partir de um perspectiva patrimonialista para tutelar as relações privadas, mas sim de uma ótica extrapatrimonial e, acima de tudo, existencial, protegendo com mais prioridade no ordenamento jurídico aqueles considerados como vulneráveis.

A dignidade, leciona Maria Celina Bodin de Moraes, é característica única e inigualável do ser humano com relação às outras espécies.

No mesmo sentido, para Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana constitui-se:

na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 66-67.

¹⁵ Basta um olhar para a história do Nazismo, na Alemanha, para a constatação deste fato, uma vez que todas as suas políticas de tortura, morte e racismo eram asseguradas por lei.

mínimas para uma vida saudável , além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁶

Na Antiguidade, era atribuída à espécie humana de forma geral, sem personificações. Somente com o Cristianismo é que surgiu a ideia de dignidade pessoal como qualidade inerente a cada indivíduo¹⁷.

Em Kant, o princípio assumiu notável importância, ao orientar, como valor, o imperativo categórico formulado por ele na obra *Crítica da Razão Pura*, em 1788.

Para o filósofo, o imperativo é uma espécie de forma com valor universal e incondicional (categórico) que deve nortear as ações morais. Postula o autor: “Age em conformidade apenas com aquela máxima pela qual possas querer ao mesmo tempo que ela se torne uma lei universal.”¹⁸

Tal formulação, que desdobra-se em outros três postulados¹⁹, impõe e exige que a pessoa humana seja enxergada sempre como fim em si dentro toda e qualquer ação humana, pautando-se no valor básico da dignidade da pessoa.

O princípio em voga, após o término da Segunda Guerra Mundial, foi expressamente previsto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas no ano de 1948, o qual ainda dispõe que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.²⁰

No Brasil, após duas décadas de ditadura sob o regime civil-militar, foi elevado a comando jurídico que fundamenta a República, conforme prevê o artigo 1º, III, da Constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 60.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana...** op. cit., p. 77.

¹⁸ CHAUI, Marilena de Souza. **Convite à filosofia**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2015. p. 394.

¹⁹ São eles: a) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”; b) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”; e c) “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”. Ibidem, p. 394-395.

²⁰ Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217 [III] A. Paris, 1948. Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 29 de maio de 2019.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.²¹

A Carta Constitucional o consagrou, portanto, como diretriz e alicerce de toda a ordem jurídica e democrática instalada.

2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE 2002 E A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PESSOA

Abordadas as transformações históricas e os novos paradigmas norteadores das relações privadas, convém tratar brevemente da estruturação da responsabilidade civil no Código de 2002, uma vez que este ramo do direito civil também não permaneceu imune às mudanças conceituais e às novas tendências doutrinárias inspiradas no valor da dignidade da pessoa humana.

Leciona Eugênio Facchini Neto²², que a previsão de uma cláusula geral de responsabilidade civil fora consagrada somente com a edição do Código Civil Francês em 1804, o qual previu, em seu artigo 1.382 que “Todo ato, qualquer que êle seja, de homem que causar a outrem um dano, obriga aquêle por culpa do qual veio êle a acontecer, a repará-lo”.²³ Nota-se aqui, claramente, a ideia de uma responsabilização de ordem subjetiva, porque associada ao conceito de culpa.

Ocorre que, como dito anteriormente, a teoria da responsabilidade civil não permaneceu à mercê das transformações sociais, tendo sido afetada, a partir do século XIX, pelos processos ora citados de industrialização, urbanização e aumento do trabalho subordinado. A Revolução Industrial trouxe consigo a introdução do maquinismo no exercício do trabalho, o que acentuou a ocorrência de acidentes e, ao mesmo tempo, dificultou a identificação dos causadores dos danos. A quem responsabilizar pelos eventos danosos, se a noção de responsabilidade civil então imperante pressupunha a existência de culpa?

Claramente insuficiente para tutelar as novas circunstâncias sociais apresentadas, a responsabilidade civil subjetiva passou a dividir palco com a teoria do

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de maio de 2019. Grifo próprio.

²² FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. org. **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 176.

²³ FRANÇA. **Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses**. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1962. p. 203.

risco, que viria fundamentar, a partir de então, uma responsabilidade civil de natureza objetiva.²⁴

Formulada levando em consideração a responsabilidade do empregador frente aos acidentes envolvendo seus empregados, a teoria do risco remetia-se ao chamado *risco-proveito*, porque compreendia-se por justo que “quem recolhesse o benefício, as vantagens, de uma empresa, indenizasse aqueles que, sem poder esperar os mesmos proveitos, fossem vítimas de acidentes [...]”.²⁵

Tal concepção de risco evoluiu para abarcar outros aspectos além do econômico e do profissional. A teoria passou a ser estendida e aplicada a qualquer ato humano potencialmente danoso à esfera de outrem, ressurgindo, a responsabilidade, como a consequência inarredável de qualquer atividade criadora de risco.

Hoje, a responsabilidade civil abarca tanto um quanto outro aspecto, o objetivo e o subjetivo, com a finalidade de melhor atender as vítimas na reparação dos danos injustamente sofridos²⁶, seguindo uma nítida tendência de aumentar seu horizontes e propiciar, a longo prazo, a reparação de todo e qualquer dano, em consonância com a tendência jurídica de promoção e proteção da pessoa humana.

²⁴ A teoria objetiva contou com Raymond Saleilles como um de seus defensores. Esta ganhou reforço com Louis Josserand que, em um de seus trabalhos, apontou-a como marco evolutivo da responsabilidade civil. Sobre o trabalho de Josserand, elucida Flávio Tartuce: “Como causas da evolução acelerada da responsabilidade civil, o jurista cita, a princípio, o caráter sucessivamente mais perigoso da então vida contemporânea, moderna. Afinal, como se iniciou o presente estudo, viver é arriscado e o perigo havia se intensificado naqueles últimos tempos, particularmente diante da Revolução Industrial. [...] Superada a análise das causas da evolução, Josserand parte para o estudo dos conceitos de culpa e sua relação com o ônus da prova nas ações de reparação de danos. Assinala que a questão da culpa provada, como pressuposto da responsabilidade civil, trazia ao autor da ação um fardo muito pesado [...]. A par dessa ideia, conclui que impor à vítima ou aos seus sucessores a demonstração inequívoca da culpa equivaleria a recusar-lhes tutela reparatória, uma vez que a teoria tradicional relativa ao tema – fundada no conceito subjetivo de culpa – já se tornava insuficiente e perempta, sendo necessário alargar os fundamentos em que repousava o *edifício de antanho*, o qual não correspondia mais às necessidades sociais. [...] após essas divagações evolutivas, chega Josserand à exposição da tão aclamada e debatida *doutrina do risco*, originária do estudo anterior de Saleilles, segundo a qual aquele que criou o risco à custa de outrem deve suportar as suas consequências, respondendo perante a outra parte. Ao citar a legislação francesa trabalhista que surgia, o doutrinador prenuncia a *verdadeira revolução*, decorrente da dissociação completa da responsabilidade do conceito tradicional de culpa, aplicando-se a antiga regra pela qual “a cada um segundo seus atos e segundo suas iniciativas”, princípio valioso para uma sociedade laboriosa e protetora dos fracos: a força, a iniciativa e a ação devem ser por si mesmas geradoras de responsabilidade. Eis aqui uma nova versão do *suum cuique tribuere*, “dar a cada um o que é seu”, princípio máximo de justiça que remonta ao Direito Romano.” TARTUCE, Flavio. **Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 10-14.

²⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil**... op. cit., p. 178.

²⁶ Isto porque, conforme muito bem pontua Facchini Neto, “numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado”. *Ibidem*, p. 181.

A dignidade humana, ao ser colocada como sustentáculo da República Federativa do Brasil, conforme outrora abordado, criou, para o cenário jurídico, uma cláusula geral de tutela da pessoa que condicionou os legisladores ordinários e intérpretes ao parâmetro axiológico estabelecido.

Sobre esta cláusula, pontua o professor Gustavo Tepedino:

[...] a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2.º do art. 5.º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.²⁷

A pessoa, face à novel Constituição, requer agora proteção integrada a partir da observância a esta cláusula geral.

Infraconstitucionalmente, especialmente no âmbito da responsabilidade civil, percebeu-se o cuidado do legislador em atender não só ao preceito constitucional estabelecido, mas às tendências da responsabilidade civil ora citadas. O antigo art. 159²⁸ do Código Civil de 1916, no qual inseria-se a cláusula geral de responsabilidade, fora dividido no Código de 2002 nos arts. 186 e 927, *caput*.

Diante da necessidade de previsão expressa das duas modalidades de responsabilização trazidas à tona, aquela mais antiga e tradicionalmente empregada, a responsabilidade civil subjetiva, encontra-se, agora, prevista no art. 186, *caput*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.²⁹

O *caput* do art. 927 do *novel code* contem em si as consequências jurídicas da aludida norma, preconizando que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 48.

²⁸ Previa o dispositivo: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.” BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 4 de junho de 2019.

²⁹ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 4 de junho de 2019. Acesso em 4 de junho de 2019.

Noutra via, a novidade legislativa de acolhimento da teoria do risco fora positivada através do parágrafo único do art. 927, segundo o qual:

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

Parágrafo único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.**³⁰

Acredita-se que tais dispositivos contenedores do atual modelo de responsabilidade civil em vigor podem ser enxergados como a positivação infraconstitucional da cláusula geral de tutela da pessoa humana, porque ressonantes com as novas diretrizes constitucionais.

3. DANO EXISTENCIAL

3.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DANO À PESSOA HUMANA - TEORIA DA DIFERENÇA E TEORIA DO INTERESSE

O conceito de dano remete, tradicionalmente, à ideia de perda, de lesão a um patrimônio/interesse. Sem dano não há indenização devida, constatação que coloca esta figura como ponto central ao redor do qual gira a responsabilidade civil³¹.

Há que se esclarecer, contudo, que não é todo e qualquer dano que gera o dever de indenizar, pois o pressuposto para a incidência da responsabilidade civil é a ocorrência de um dano injusto³². Por dano injusto, nas palavras de Bruno Miragem, “entende-se aquele causado por interferência externa, de outra pessoa, a partir da violação de direito da vítima, de modo a causar lesão ao patrimônio ou à pessoa. O que torna o dano indenizável é o fato de decorrer de uma conduta antijurídica”.³³

³⁰ BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 4 de junho de 2019. Acesso em 4 de junho de 2019. Grifo próprio.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

³² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158.

³³ Ibidem.

Até meados dos anos 1960 a ideia de dano era intimamente vinculada ao patrimonialismo.³⁴ A teoria da diferença, mais forte até este período, compreendia o dano como a diferença patrimonial entre o momento anterior e o posterior a sua ocorrência.³⁵

Ocorre que, conforme pôde ser observado na exposição dos tópicos anteriores, quanto mais se difundia a ideia de dignidade como qualidade inerente ao ser humano, mais importância assumiam os interesses do indivíduo que sustentavam (e sustentam) este valor e maiores deveriam ser, conseqüentemente, as possibilidades de reparação dos atos lesivos a tais interesses.

É neste contexto que o conceito de dano, antes determinado pela teoria da diferença, evoluiu para a ideia de lesão a interesses juridicamente protegidos sustentada pela teoria do interesse. Esta, considera o ser humano como um valor em si e desassocia o conceito de dano da vertente patrimonialista, ampliando a sua incidência para tutelar os interesses humanos não só patrimoniais, mas também, e sobretudo, aqueles de natureza extrapatrimoniais³⁶.

Tais interesses, vale salientar, possuem relação íntima com os direitos da personalidade, uma vez que estes traduzem atributos importantes da pessoa humana que são resultantes do reconhecimento do próprio princípio da dignidade. Sobre o tema, ensina Flaviana Rampazzo:

Os interesses ligados à existência da pessoa estão intimamente relacionados aos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, aos direitos da personalidade. Da ampla tutela dos mesmos, resulta a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza, ou pode realizar, pois tais atividades são capazes de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as suas faculdades físicas e psíquicas, e a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana.³⁷

Não à toa, sobreditos interesses passaram a ser enxergados pelo ordenamento jurídico como merecedores de proteção jurídica.

3.2 DANO PATRIMONIAL E DANO EXTRAPATRIMONIAL

³⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 26-27.

³⁵ FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. **A cláusula geral da tutela da pessoa humana...** op. cit., p. 4.

³⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil...** op. cit., p. 28.

³⁷ Ibidem, p. 37.

Há que se ressaltar que, doutrinariamente, inúmeras são as classificações possíveis para os danos. Entretanto, para o presente trabalho, acredita-se ser a distinção entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais a mais proveitosa e importante.

Tal distinção toma por base a natureza da lesão sofrida e a possibilidade de sua aferição econômica ou não. Nesta senda, tem-se por dano patrimonial aquele suscetível de valoração econômica, que acarreta, *in concreto*, prejuízo econômico atual ou a perda de vantagem econômica futura³⁸. Ambos os aspectos desta modalidade de dano, os danos emergentes, que implicam em diminuição imediata do patrimônio da vítima, e os lucros cessantes, que impedem a obtenção de vantagem futura, encontram-se tutelados pelo art. 402 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.³⁹

Por dano extrapatrimonial, noutra via, compreendem-se aqueles “não passíveis, a priori, de avaliação econômica. Por sua natureza, são irreparáveis, uma vez que decorrem de violação a atributos da personalidade”.⁴⁰

Sobre estes impera certa peculiaridade, uma vez que foram previstos pelo texto constitucional, no art. 5º, V, sob a terminologia de danos morais, conforme vê-se abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...].⁴¹

³⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil...** op. cit., p. 169.

³⁹ BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 5 de junho de 2019

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. op. cit., p. 167.

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 5 de junho de 2019. Grifo próprio.

Inúmeras são as modalidades (ou, melhor dizendo, espécies) deste dano abordadas e consideradas pelas doutrinas civilistas. Certo é, portanto, que a sua associação ao conceito de dano moral possui caráter restritivo, uma vez que as lesões à personalidade vem se manifestando sob formas cada vez mais diferentes, afligindo diversos e novos aspectos desta que começam a ser valorizados a fim de melhor tutelar a pessoa humana, como é o caso dos interesses que se constituem objetos do dano existencial, por exemplo, abordados logo mais.

Diante disto, mostra-se mais adequada a terminologia *dano extrapatrimonial*, considerando-se o dano moral como uma de suas espécies, devendo-se assumir que é a esta que se refere o constituinte.

Importante observação trazem Keila Pacheco e Rafael Bizelli sobre a admissibilidade dos danos extrapatrimoniais no âmbito jurisprudencial:

Antes da Carta Maior de 1988, a posição dominante do STF sempre foi restritiva em relação à aceitação dos danos extrapatrimoniais. Entre os Ministros que defendiam os danos extrapatrimoniais podemos citar os Ministros Pedro Lessa, M. Murtinho, Orozimbo Nonato, Moreira Alves, entre outros. Apesar de contar com expressivos defensores dos danos extrapatrimoniais, o STF manteve-se conservador, até a promulgação da Constituição de 1988. Após 1988, o STF e o STJ vêm admitindo a indenização por danos extrapatrimoniais. Destaca-se, no entanto, que o STJ vem contribuindo de forma mais eficiente que o STF, devido às esferas de competência desses tribunais, que oferecem mais oportunidades ao STJ para decidir questões dessa matéria.⁴²

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência pátria também orientou-se no sentido de ampliar a admissibilidade dos danos extrapatrimoniais após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 como forma de melhor promover a proteção à dignidade da pessoa humana.

3.3 DO DANO EXISTENCIAL

3.3.1 HISTÓRICO

O dano existencial, cerne do presente trabalho e espécie do gênero “danos extrapatrimoniais”, possui suas raízes no direito italiano, tendo sido cunhado num

⁴² FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. **A cláusula geral da tutela da pessoa humana...** op. cit., p. 7.

contexto de desenvolvimento e ampliação da tutela e dos interesses imateriais da pessoa promovidos pela doutrina e jurisprudência daquele país.

Tradicionalmente, os danos extrapatrimoniais na atual República Italiana só podiam ser indenizados nos casos previstos em lei e a responsabilidade civil por danos imateriais ficava condicionada à existência de um ilícito penal⁴³.

O movimento de desconstrução desta vinculação iniciou-se da década de 1950, de onde data o que se considera aqui como o primórdio do dano existencial, uma vez que, neste período, ocorreu o reconhecimento do que fora denominado de “dano à vida de relação”, significando este um injusto que acometia o terreno da atividade realizadora do ser. A partir da década de 1970, ampliou-se o reconhecimento deste dano na jurisprudência do país.

Sucedese, entretanto, que no mesmo período o dano biológico ganhou maior espaço no cenário jurídico, em razão de a jurisprudência italiana ter declarado que o direito à saúde constituía-se em direito fundamental e qualquer ofensa a este deveria ser indenizada, ainda que não fosse constatada a ocorrência de ilícito penal⁴⁴.

De certo, o rompimento desta vinculação entre danos extrapatrimoniais e ilícito penal ocasionou um aumento da apreciação de outras modalidades danosas que antes sequer eram analisadas por não se enquadrarem nos conceitos tradicionais, tal como o conceito de dano moral.

Ocorre que todas estas novas modalidades passaram a ser classificadas pela jurisprudência como danos biológicos, ocasionando uma abrangência demasiado grande do conceito deste dano, o qual passou a englobar não somente os danos à saúde da pessoa, como também os danos ao aspecto exterior e morfológico, os danos à capacidade social e à integridade psicofísica, dentre outros.

A abrangência exacerbada gerou certa preocupação entre os juristas, os quais constataram a inexatidão técnica proveniente da subsunção dos novos danos ao dano biológico, além da conseqüente deficiência de proteção à outras situações de natureza existencial que se viam desordenadas em decorrência de um ato lesivo.

É neste cenário que se consagrou o termo “dano existencial”, criado para abarcar sobreditas situações em que outros interesses do ser humano, tais como a

⁴³ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil...** op. cit., p. 41.

⁴⁴ Ibidem, p. 41-42.

sua relação com o mundo que o circunda, eram lesados e não encontravam previsão jurídica de tutela e indenização no ordenamento.

Neste ponto acredita-se que reside a necessidade de seu reconhecimento. A classificação dos danos extrapatrimoniais, em um ordenamento, deve ser capaz de abrigar todas as condutas lesivas aptas a atingirem a pessoa humana e os seus interesses juridicamente relevantes. Assim, a responsabilidade civil deve sempre estar atenta ao movimento de crescente valorização da dignidade humana, para corresponder aos anseios de tutela desta em suas várias manifestações.

A partir dos anos 1990, os contornos do que seria esta nova modalidade de dano começaram a ser mais definidos.

Foi em 7 de junho de 2000 que, com a Decisão nº 7.713, a Suprema Corte da Itália pronunciou-se explicitamente sobre o dano, segundo informação trazida por Flaviana Rampazzo Soares⁴⁵.

3.3.2 CONCEITO

O dano existencial pode ser definido como a lesão a um direito fundamental da pessoa que afeta o seu complexo de relações, a sua interação com o mundo, nos aspectos social, afetivo, profissional, familiar e entre outros.

Trata-se de dano que atinge uma atividade ou um complexo de atividades realizadas pela pessoa e o seu complexo de relações, modificando substancialmente a qualidade de sua existência. É um sacrifício do estilo de vida que propiciava ao ser o desenvolvimento normal da personalidade e que continha em si as atividades realizadoras do seu projeto de vida. É um “ter que agir de outra forma” ou um “não poder mais fazer como antes” limitante qualitativa e quantitativamente⁴⁶.

Assim, constata-se que o dano existencial possui caráter essencialmente objetivo, por se constituir em alteração compulsória da rotina de uma pessoa que por ela foi desenvolvida como meio de externar a sua personalidade e de atender às suas necessidades. Difere-se, pois, este dano do dano moral, por não implicar em uma alteração íntima do ânimo da pessoa e sim em uma modificação existencial, maléfica

⁴⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil...** op. cit., p. 43.

⁴⁶ Ibidem, p. 46.

e externa do modo de vida objetivamente verificada, embora, importante ressaltar, não raro, possa ele aparecer junto a outros tipos de danos extrapatrimoniais.

Sobre o dano existencial, ainda, pontua Hidemberg Alves da Frota:

O dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta a vítima, de modo parcial ou total, **a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida** (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) **e a dificuldade de retomar sua vida de relação** (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).⁴⁷

Através desta passagem, o autor traz à lume outras duas formas usuais de referir-se ao dano existencial, quais sejam: “dano ao projeto de vida” e “dano à vida de relação”.

Considerando o conteúdo do dano existencial, infere-se que, da alteração compulsória do modo de vida da pessoa restam-se frustrados também os planos futuros realizadores da sua felicidade, vendo-se, ela, obrigada a realizar escolhas que conduzirão à um destino diferente.

Daí decorre a ideia de “dano ao projeto de vida”, evidenciando que o dano existencial carrega também em si um aspecto de “potencialidade”.

De fato, o ato lesivo poderá atingir não somente as atividades que compunham o cotidiano da pessoa, mas também aquelas que poderiam efetivamente ser desenvolvidas por ela. Trata-se de uma frustração que a pessoa sofre da expectativa de realizar certos atos, acarretando a chamada “perda de uma chance”.⁴⁸

O dano existencial pode tratar-se, ainda, de uma afetação negativa de ordem temporária ou permanente, total ou parcial.

Em acórdão proferido no ano de 2014 o Tribunal Superior do Trabalho definiu, curiosamente, como elementos constituintes deste dano, para além daqueles comuns às outras modalidades, o dano ao projeto de vida e o prejuízo à vida de relações:

DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL. DIFERENCIAÇÃO. CARGA DE TRABALHO EXCESSIVA. FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA. PREJUÍZO À VIDA DE RELAÇÕES. O dano moral se refere ao sentimento da vítima, de modo que sua dimensão é subjetiva e existe *in re ipsa*, ao passo que o dano existencial diz respeito às alterações prejudiciais no cotidiano do trabalhador, quanto ao seu projeto de vida e suas relações

⁴⁷ FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013. p. 63. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/95532>>. Acesso em 09 de junho de 2019. Grifo próprio.

⁴⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil...** op. cit., p. 46.

sociais, de modo que sua constatação é objetiva. **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.** Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da Constituição Federal. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana. Na hipótese dos autos, a carga de trabalho do autor deixa evidente a prestação habitual de trabalho em sobrejornada excedente ao limite legal, o que permite a caracterização de dano à existência, eis que é empecilho ao livre desenvolvimento do projeto de vida do trabalhador e de suas relações sociais. Recurso a que se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano existencial.⁴⁹

Sobre o projeto de vida, importante observar que deve-se estar diante de um plano exequível, com grande margem de certeza sobre sua a realização para a indenização.⁵⁰

Do exposto, tem se por dano existencial, portanto, uma lesão à capacidade de autodeterminação do indivíduo, o que importa, inegavelmente, em violação grave ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3.3 O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL PELO DIREITO BRASILEIRO

O dano existencial encontra admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro não só através da cláusula geral de tutela da pessoa humana consagrada na Carta Magna de 1988 e outrora abordada, mas também na cláusula geral de responsabilidade civil contida no art. 186 do Código Civil. Por meio deste último dispositivo, admite-se a reparabilidade a qualquer dano imaterial suscetível de acometer a pessoa humana e seus interesses.

No país, o dano existencial já começa a ser admitido pela jurisprudência como modalidade autônoma de dano extrapatrimonial, movimento que tem ocorrido

⁴⁹ TRT-PR-28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013 - 2A. TURMA - Relator: ANA CAROLINA ZAINA - Publicado no DEJT em 11-10-2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/99644158/trt-6-judiciario-09-09-2015-pg-1299>>. Acesso em 9 de junho de 2019. Grifo próprio.

⁵⁰ FROTA, Hidemberg Alves da. **O fundamento filosófico do dano existencial**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17564>>. Acesso em 9 de junho de 2019.

principalmente no âmbito da Justiça do Trabalho, que concentra o maior número de julgados sobre a matéria:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 1. **DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA.** 15 (QUINZE) HORAS DIÁRIAS DE TRABALHO. MOTORISTA DE CARRETA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. O dano existencial é espécie do gênero dano imaterial cujo enfoque está em perquirir as lesões existenciais, ou seja, aquelas voltadas ao projeto de vida (autorrealização - metas pessoais, desejos, objetivos etc) e de relações interpessoais do indivíduo. Na seara juslaboral, o dano existencial, também conhecido como dano à existência do trabalhador, visa examinar se a conduta patronal se faz excessiva ou ilícita a ponto de imputar ao trabalhador prejuízos de monta no que toca o descanso e convívio social e familiar. Nesta esteira, esta Corte tem entendido que **a imposição ao empregado de jornada excessiva ocasiona dano existencial, pois compromete o convívio familiar e social, violando, entre outros, o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput).** Na hipótese dos autos, depreende-se da v. decisão regional, que o reclamante exercia a função de motorista de carreta e fazia uma jornada de trabalho de segunda a sábado, das 7h00 às 22h00, totalizando um total de 15 (quinze) horas diárias de trabalho. Assim, comprovada a jornada exaustiva, decorrente da conduta ilícita praticada pela reclamada, que não observou as regras de limitação da jornada de trabalho, resta patente a existência de dano imaterial in re ipsa, presumível em razão do fato danoso. Recurso de revista não conhecido. [...] ⁵¹

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE - PROCESSO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - DANO EXISTENCIAL - JORNADA EXCESSIVA. A Corte regional entendeu que a realização de horas extraordinárias habituais, por si só, não enseja o pagamento de indenização, devendo ser provado o prejuízo sofrido em razão do sobrelabor, o que não foi demonstrado no caso. **Conforme decidido pelo Tribunal Regional, o dano existencial não pode ser reconhecido à míngua de prova específica do efetivo prejuízo pessoal, social ou familiar. Nessa situação, é inviável a presunção de que o dano existencial tenha efetivamente acontecido, em face da ausência de provas nos autos. Embora a possibilidade, abstratamente, exista, é necessária a constatação no caso concreto para que sobre o indivíduo recaia a reparação almejada. Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovados, in re ipsa, a dor e o dano à sua personalidade.** O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação de horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. ⁵²

⁵¹ TST - RR: 13514920125150097, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 12/03/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686352702/recurso-de-revista-rr-13514920125150097?ref=serp>>. Acesso em 09 de junho de 2019. Grifo próprio.

⁵² TST - RR: 15076520145090022, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 02/05/2018, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574079261/recurso-de-revista-rr-15076520145090022?ref=serp&s=paid>>. Acesso em 09 de junho de 2019. Grifo próprio.

Não obstante, não é somente na seara laboral, no âmbito das relações trabalhistas, que o dano existencial tem palco. Conforme outrora elucidado, o dano existencial tem o condão de atingir todo um complexo de relações, podendo afetar qualquer área da vida cotidiana da pessoa.

Ensina Flaviana Rampazzo que

os sacrifícios, as renúncias, a abnegação, a clausura, o exílio, o prejuízo do cotidiano, uma interação menos rica do lesado com as outras pessoas, coisas e interesses, provisórias ou definitivas, todos esses elementos constituem dano existencial⁵³.

Neste sentido, sofre dano existencial, por exemplo, uma pessoa que vê-se impedida de manter relações sexuais com o companheiro por conta de um erro médico, ou uma criança que deixa de ir ou desenvolve resistência em ir ao colégio por ser vítima de bullying pelos colegas.

Configura, também, dano existencial, a divulgação massiva na rede mundial de computadores de imagens e vídeos de natureza íntima que impedem a pessoa de passar incólume em locais públicos antes frequentados normalmente; o sequestro de um infante que o afasta do convívio da família; a contaminação dos leitos de rios pela atividade mineradora que compromete o abastecimento de água e inviabiliza a atividade de pescadores artesanais que realizavam a atividade como forma de subsistência; o prejuízo causado às comunidades indígenas tradicionais pela exploração ilegal de áreas de preservação e etc.

Do exposto, percebe-se que inúmeras são as possibilidades de ocorrência do dano existencial que não se restringem à a esfera do direito do trabalho e incidem sobre o direito civil, o direito de família, o direito ambiental, entre outros. Sobre este último ramo, importante ressaltar a gravidade dos danos existenciais que têm acometido as populações locais cujas regiões sediam grandes atividades industriais dependentes da exploração de recursos naturais e que transformam-se em palcos de verdadeiros e horrendos desastres ambientais.

Diante das múltiplas facetas que o dano existencial assume, mister se faz a ampliação de seu reconhecimento para que sejam tuteladas situações como as que foram expostas acima, as quais ainda não encontram guarida no cenário jurídico nacional sob a perspectiva existencial que possuem, o que configura grave prejuízo à tutela da pessoa humana perpetrada pelo direito brasileiro.

⁵³ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil...** op. cit., p. 47.

4. CONCLUSÕES

Leciona Luís Roberto Barroso que:

A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. Por trás da ideia de autonomia está a de pessoa, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável. Ademais, a autodeterminação pressupõe determinadas condições pessoais e sociais para o seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem informação e ausência de privações essenciais.⁵⁴

Conforme abordado ao longo do trabalho, o valor da dignidade da pessoa humana permeia todo o ordenamento jurídico do Brasil. Imperativo de ordem constitucional, ele se constitui no fundamento do dano existencial, enquanto dano que atinge os planos e atividades de vida e de realização da pessoa. Este, por seu turno, constitui-se em espécie autônoma de dano, vinculada ao dano extrapatrimonial enquanto gênero.

Considerando que sobredito dano se refere às situações de natureza existenciais que são abaladas pela ocorrência de um ato lesivo, as quais nem sempre recebem tutela específica do ordenamento, chega-se à conclusão de que o reconhecimento do dano existencial, bem como a sua ampla aplicabilidade em outros ramos do direito devem ser promovidos no ordenamento jurídico por serem consequência inarredável da admissão do valor da dignidade da pessoa humana como sustentáculo da República Federativa do Brasil.

Acredita-se que tal dignidade, elevada à qualidade de princípio, impõe à responsabilidade civil a tarefa de promover uma atualização constante dos conceitos e classificações dos danos a fim de que se abarque todas aquelas lesões suscetíveis de acometerem a pessoa humana, na medida em que crescem as valorações dos

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 9 de junho de 2019.

interesses desta considerados como juridicamente relevantes, pois importantes para a sua plena realização.

INDEMNITY FOR EXISTENTIAL DAMAGE AS A MEANS OF EFFECTING THE GUARDIANSHIP OF THE HUMAN PERSON IN THE CONTEXT OF CIVIL LIABILITY

ABSTRACT

The present work aims to delineate the concept of existential damage as an autonomous species of extrapatrimonial damage, in order to substantiate the need for its recognition in the national legal scenario. To do so, the work begins with an approach to the guardianship of the person in the Constitution of the Republic of 1988 and human dignity as a value that guides the democratic state of law. Next, a brief description of the modifications of the concept of civil law throughout history is carried out, in order to justify and demonstrate the processes that led to the influence of fundamental rights in private relations, reaching the model under which civil liability is currently being structured. Afterwards, a brief study of the evolution of the concept of damage and its general modalities, namely the property damage and the extrapatrimonial damage, is performed, before they specifically adhere to the existential damage. When the existential damage itself is addressed, it is made an outline of its concept and a study of its presence in Brazil, in order to substantiate the need for its recognition.

KEY WORDS: Dignity of the human person. General clause. Extrapatrimonial damage. Existential damage. Damage to the life project.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217 [III] A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 29 de maio de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 9 de junho de 2019.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 4 de junho de 2019

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 4 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 29 de maio de 2019.

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

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Convite à filosofia**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. org. **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

FRANÇA. **Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses**. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1962.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/95532>>. Acesso em 09 de junho de 2019.

FROTA, Hidemberg Alves da. **O fundamento filosófico do dano existencial**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17564>>. Acesso em 9 de junho de 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

SOBREIRA, Marcelo José de Araújo Bichara. **Responsabilidade civil por dano existencial – uma violação à autonomia privada**. Revista de Direito Privado (São Paulo), v. 72, p. 51-71, 2016. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/search/widget/run/multi>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

TARTUCE, Flavio. **Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Temas de Direito Civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.