

6 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: DIÁLOGOS ENTRE O DANO MORAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

6 ON THE CONSTITUTIONALIZATION OF LAW: DIALOGUES BETWEEN PAIN AND CIVIL LIABILITY UNDER THE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Filipe Martins Macedo¹
Gianluca Nicochelli²

| | |
|--------------|------------|
| Recebido em: | 29/03/2021 |
| Aprovado em: | 13/06/2021 |

RESUMO: A promulgação da Constituição da República de 1988 acarretou mudanças no direito privado, com a chamada constitucionalização do Direito Civil. As relações privadas não mais deveriam ser pautadas na individualidade e no patrimonialismo, mas sim ter como escopo a dignidade da pessoa humana. O presente trabalho tem como objetivo analisar o impacto no Direito Civil com a promulgação da Constituição, mais especificamente no âmbito da responsabilidade civil no que se refere ao dano moral, bem como tecer alguns comentários ao Código Civil, tendo em vista a sua maioria completada ano passado. Nesse sentido, dois importantes capítulos deste trabalho, responsabilidade civil constitucional e a constitucionalização do dano moral, serão peças-chave para o entendimento do fenômeno da constitucionalização e a mudança de paradigmas no campo da responsabilidade civil. Para isso, foram feitas pesquisas doutrinária e jurisprudencial. Por fim, conclui-se que o regime da responsabilidade civil teve suas bases paradigmáticas alteradas com o advento da constituição, trazendo novas formas de ressarcimento, uma objetivação mais apurada ao invés da subjetividade pautada na culpa e até mesmo a necessidade de criação do Código de Defesa do Consumidor.

111

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do Direito. Responsabilidade Civil. Código Civil.

ABSTRACT: The promulgation act of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 entailed some changes in the private law, or as it's called the constitutionalization of civil law. The private relationships' wouldn't be ruled by individuality and patrimonialism anymore but, from now on, in the dignity of the human person. This exposition aims to analyze the impact of the promulgation act of the Constitution on the civil law, focused on the scope of civic responsibilities and its implications in moral damages - keeping in mind the 18^o anniversary of the Civil Code some comments will be added. Two main chapters in this article will discuss civic responsibilities and the constitutionalization of moral damage. These topics are key-concepts to understand the phenomenon of constitutionalization and the paradigm on the reference field of civic responsibilities. Therefore as

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Foi monitor em Direito Civil – PIBID – (2019). E-mail: filipe23061990@gmail.com.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Monitor – PIBID - (2019-2020) e bolsista de iniciação científica – PIBIC/CNPQ – em Direito Constitucional (2019-2021). Pesquisador associado ao Núcleo de Constitucionalismo e Democracia, vinculado ao Centro de Estudos da Constituição – CCONS. E-mail: gian.ops@hotmail.com.

doctrinal and legal researches were made. After all this research, the results show that the scope of civic responsibilities had its base paradigm changed by the promulgation act of the Constitution. This impact brings new perspectives about indemnity, a better form in the objectification of guilt - and by that, the replacement of the subjective form used until that moment - and the accomplishment of creating a demand: the Consumer Protection Code.

KEYWORDS: Constitucionalization of Law. Civil. Civic Responsibility. Civil Code.

1. INTRODUÇÃO

Completando no ano de 2021, 19 anos da promulgação do Código Civil e 33 da promulgação da Constituição, é fato que o primeiro ainda está em processo de incorporação do texto constitucional à sua práxis. Essa compatibilização, em primeiro lugar, para ser completa, tem que ser conferida a resposta as seguintes perguntas: qual o papel do Código Civil? Como sua aplicação pode ser compatibilizada com a carta magna?

Longe de responder concretamente as seguintes perguntas, o presente trabalho busca elucidar, a partir do trabalho doutrinário e jurisprudencial, como esse diálogo da Constituição do direito privado com o direito constitucional, vem acontecendo durante esses 19 anos de Código Civil, em especial, no âmbito da responsabilidade civil e do dano moral.

Sem embargo, é nítido que houve a ampliação do espaço constitucional que ganhou relevante lugar, mas ainda não central, ao campo do direito privado. Um obstáculo que foi vislumbrado por doutrinadores, foi a visão de que o Direito Civil estaria restringido assim pela constituição. Essa visão, em partes, é derivada da ideia de que o *códex* privado teria o estatuto jurídico de monopolizar as relações privadas, sendo uma disciplina que garante à atividade privada proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas e que seria assim completa e de exclusividade do campo privado (TEPEDINO, 2006, p. 39).

Assim, essa visão individualista do ordenamento jurídico, e que estava explícita no Código Civil de 1916, teve como corolário o Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores. Seu principal foco é, justamente, o indivíduo. Tendo como objetivo “poder contratar, fazer circular as riquezas, (...) sem restrições ou entraves legais. Eis a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916” (TEPEDINO, 2006, p. 38). Neste sentido, o Código Civil de 1916 era taxado como a “Constituição do Direito Privado”, vez que não havia interferência do direito público em âmbito privado, com fulcro em garantir a livre circulação patrimonial.

Contudo, houve a crescente criação de microssistemas, a partir da intensa intervenção legislativa na década de 30 devido a instauração no país do *Welfare State* e que foi intensificada na década de 60, por edição de leis versando sobre o direito privado, como o caso da locação urbana, estatuto da mulher casada e condomínios, que foram tratadas pela doutrina como um processo de descodificação do Direito Privado. Esse processo teria como base justamente essa contradição entre o ideal propagado pelo antigo código e os microssistemas que posteriormente foram surgindo com seus valores divergentes daqueles que nortearam a codificação (SARMENTO, 2006, p.75).

Assim como ocorreu na Europa, os movimentos sociais passaram a ser mais constantes, seja por conta da intensa industrialização pela qual passava o país, ou como reflexo dos acontecimentos hediondos que ocorreram durante as duas grandes guerras do século XIX. O estopim veio a partir dos anos 60, com a ditadura militar, que, em decorrência dos recorrentes atentados contra a dignidade da pessoa humana, exigiu uma nova carta magna nacional, que restou consolidada após o término da ditadura militar, em 1988, pois o povo ansiava por normas mais protecionistas, que levassem em conta a dignidade da pessoa humana, além de suprir os vácuos da legislação antiga, levando em conta a nova ordem econômica nacional.

113

Dessa narrativa histórica, é que surgiram inúmeros estatutos, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estado da Criança e do Adolescente, agregando não somente texto normativo, mas valores intrínsecos que posteriormente seriam ratificados pela carta magna.

De certo que, após a promulgação da Constituição de 1988, houve diversas inovações no que tange ao direito privado brasileiro, a exemplo os avanços na interpretação da dignidade da pessoa humana, uma cristalina definição dos princípios pessoais e afins. Deste modo, restou-se claro que, assim como a carta magna, o Código Civil de 1916 necessitava de uma atualização em sua substância, dado que sua preocupação deixou de ser apenas patrimonialista, passando de um sistema fechado, sem suposta eficácia constitucional concreta, a um sistema aberto o qual o vértice seria a constituição de 88 (SARMENTO, 2006, p. 75).

A edição do código civil de 2002 seguiu essas orientações. Não era seu objetivo, portanto, reestruturar a esfera privada, deslocando a constituição do vértice do sistema. Mesmo com as concepções que inundaram o ramo do direito pós-positivismo, a redação em si do código é muito distante das bases solidárias da constituição (SARMENTO, 2006, p. 76).

Por outro lado, a inserção da nova normativa, como um sistema aberto, permitiu superar o formalismo do sistema de 1916, invertendo a ordem do postulado econômico com o advento de um modelo social de Código Civil. Fachin sintetiza que “com a Constituição (...) nas relações contratuais é reconhecida a superação do dogma da autonomia da vontade, fundado em uma igualdade formal, afastada da realidade fática (...) coloca-se um direito vívido, e não mais como direito imposto e imaginário” (2003, p. 313).

Essa mudança de paradigma, exige uma nova racionalidade jurídica, o qual instrumentos, dispositivos jurídicos visem a proteção da parte mais fraca das relações sociais. Enquanto o modelo liberal visava o lucro, a interpretação que se pretende abordar contemporaneamente é a da diminuição de conflitos da lógica do capital e suas desvantagens causadas. Nesse sentido, mudando-se o contexto social, a interpretação e a racionalidade jurídica adotada, logicamente os parâmetros tradicionais que serviam de pressuposto para aplicação de determinado instrumento jurídico – aqui focando na responsabilidade civil e nos danos morais – precisam ser repensados (EHRADT, 2014, p. 308).

É essa nova leitura, calcada não mais na racionalidade positivista ou jusnaturalista, o qual se baseia em justamente questionar a normatividade legitimada, analisando a realidade como uma potência da prática de superar obstáculos percebidos através da observação que será objeto de estudo do presente trabalho. Essa visão no âmbito do Direito Civil se denomina de Teoria Crítica, a qual entende que todo o processo de transformação para a constitucionalização do direito, também repercute no âmbito privado, interpretando dispositivos fundamentais deste âmbito a partir da Constituição. Essa interpretação representada pela conjunção do direito público e privado, representa uma verdadeira virada de Copérnico no Direito Civil (SARMENTO, 2006 apud FACHIN, 2005, p. 51-70).

114

Nesse cenário, abordaremos essa visão, de práticas de constitucionalização do direito civil, sob o âmbito de responsabilidade civil, a qual será objeto da segunda parte deste estudo.

2. O CÓDIGO CIVIL E SUA MAIORIDADE

Neste tópico, trataremos algumas inovações introduzidas pelo legislador em 2002 com o Código Civil, como forma de reconhecer esses adventos um ano depois de completa a maioria deste *códex*. Inicialmente, muito embora se tenha algumas mudanças em sede de responsabilidade civil, importante destacar que tais mudanças ocorreram principalmente em outras legislações e não no Código Civil de 2002 especificamente, porém não se pode negar o

caráter objetivista do atual código, pois incluiu no seu cerne tudo aquilo que já havia sido feito pelas demais legislações, o que claramente é acertado pelo legislador, pois se não o fizesse, já entraria ultrapassado (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 33). Essas mudanças ditas acima, tratam-se principalmente do Código de Defesa do Consumidor, o qual atribuiu responsabilidade objetiva ao fornecedor, e da Constituição de 1988 ao estender aos prestadores de serviços públicos responsabilidade objetiva tal qual a do Estado, art. 37, §6º.

Outra questão importante inovada pelo atual Código é um título específico à responsabilidade civil (art. 927 ao 954), semelhante aos códigos italiano e português, no entanto, ressalta-se que a matéria ali não é exaustiva, pois, segundo Cavalieri Filho (2003, p. 33), “isso não foi feito porque é praticamente impossível reunir num só título todas as normas relacionadas com a responsabilidade civil, por mais competente que seja o legislador”. Ainda, outra inovação trazida pelo Código é a inclusão da obrigação de indenizar como modalidade autônoma de obrigação, isto porque a lei nunca havia indicado qual seria a obrigação, muito embora o ato ilícito seja uma das fontes da obrigação. Assim, atualmente, aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar, ou seja, a responsabilidade civil, aqui, surge a partir do ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 34).

115

Além disso, no âmbito do Direito de Família, o Código Civil inovou ao prestigiar, em seu art. 1.596 o princípio da igualdade entre os filhos preceituado pela Constituição Federal, mais precisamente no art. 227, §6º. Isso porque deve ser banida a ideia de há um vínculo hierárquico entre vínculo socioafetivo e biológico, visto que não se deve afirmar um vínculo de filiação deva sempre prevalecer sobre a outra, sem a devida análise do caso familiar em concreto, em consonância com o que dita o princípio da igualdade entre os filhos.

Outro advento trazido pelo atual Código é a cláusula geral de responsabilidade subjetiva. Embora o Código tenha essência objetivista, não deixa de lado questões relacionadas à responsabilidade subjetiva. Portanto, temos a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, encontrada na consonância dos arts. 927, 186 e 187. Nesse caso, o fato gerador do dever de indenizar é o ato ilícito, que, conforme o art. 186, importa na ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole e cause dano a outrem (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 34). Ou seja:

Esse ato ilícito subjetivo gera o dever de indenizar, responsabilidade fundada na culpa, a cláusula geral da responsabilidade subjetiva do novo Código. (...) Essa responsabilidade só vai se configurar quando houver conduta culposa,

nexo causal e dano, com aquela complexidade toda de ficar provada a culpa, como violação ao dever de cuidado. Cláusula geral, aberta, que sempre exigirá um juízo de valor, porque em cada caso teremos que ver se houve previsibilidade, se houve um comportamento adequado etc. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 36).

Outrossim, o novo Código trouxe como princípios norteadores das relações privadas a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Entende-se função social do contrato a impossibilidade do contrato trazer onerosidades excessivas, desproporções ou injustiça social. Some-se a isso o fato de que não podem os contratos violar interesses metaindividuais ou interesses individuais relacionados com a proteção da dignidade humana (TARTUCE, 2005, p. 02). Em relação ao princípio da boa-fé objetiva, tem-se que esta procura valorizar a conduta de lealdade dos contratantes desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual. Além disso, na ocorrência de dúvida, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (TARTUCE, 2005, p. 03). Este entendimento foi seguido posteriormente, *ipsis litteris*, pelos tribunais do país, os quais entenderam como a *ratio decidendi* a dignidade da pessoa humana como primeiro requisito à continuidade do contrato³.

116

Esse ideal surge justamente da ideia de que o direito privado não detém mais em si o caráter individualista, trocado justamente pelo ideário solidarista, o qual exige uma materialidade focada na proteção da parte mais honesta e fraca nas relações sociais. Assim, “se no modelo liberar se costumava individualizar o lucro e socializar o prejuízo, hoje o que se busca é a diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por ela geradas” (EHRHARDT, 2014, p. 306).

Desta forma, neste tópico, foram trazidas algumas inovações trazidas pelo atual Código Civil, no entanto não é demais ressaltar que aqui foram expostos alguns dos principais adventos, não sendo o objetivo exaurir tais questões no presente trabalho.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já visto anteriormente, a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais foram irradiados para as Constituições democráticas, absorvidos por elas e, a partir de então, passaram a ter grande importância para o direito infraconstitucional. Isso

³ STJ – AREsp: 1565402 DF 2019/0241975, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, Decisão Monocrática, Dje 24/02/2021.

porque, os diversos princípios contemplados pela nossa Constituição de 1988, como a dignidade da pessoa humana, a função social e a solidariedade social, passaram a ter eficácia imediata nas relações de direito privado (TEPEDINO, 2001, p. 12), reformulando por completo tais relações para que estivessem ao encontro da própria Constituição (RUAS, 2015, p. 06).

A partir desse movimento, percebe-se a mudança do Direito Civil clássico, individualista e patrimonialista, em favor de um direito civil mais humanista, pautado pela solidariedade e pela dignidade da pessoa humana, o que gerou uma limitação no poder da vontade dos particulares (FACCHINI NETO, 2003, p. 46 *apud* RUAS, 2015, p.06). Essa limitação foi materializada no momento em que a Constituição passa a disciplinar os pilares do direito civil, quais sejam, a família, a propriedade e o contrato. É com esse momento que surge a constitucionalização do direito civil que nas palavras de Facchin (2003, p. 77) “significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil”. Outrossim, para Anderson Schreiber (2013, p. 06) trata-se de uma “releitura do direito civil à luz da Constituição”.

117

Não podia ser diferente desse contexto a seara da responsabilidade civil, vez que o paradigma no qual estava pautada baseava-se precipuamente na tutela da propriedade e de direitos subjetivos patrimoniais, o que, de certo, não resistiu aos anseios dos valores constitucionais (MORAES, 2007, p. 245). A dignidade da pessoa humana e a solidariedade social foram vetores determinantes para que a responsabilidade civil passasse do estágio que visava punir o causador do dano para outro que se preocupava com a vítima do dano e sua reparação. Nesse sentido, percebe-se dois principais efeitos: a objetivação da responsabilidade civil e o aumento das hipóteses de ressarcimento de dano (RUAS, 2015, p. 13).

No que se refere ao primeiro efeito, importante consignar inicialmente que o regime tradicional da responsabilidade civil era baseado em três pressupostos: culpa, dano e nexo causal. A culpa pode ser caracterizada como “conduta reprovável daquele que, por negligência, imprudência ou imperícia, viola direito e causa dano a outrem”; “quebra de um dever de cautela, de um padrão de conduta exigível por parte do agente que causou o dano” (MORAES, 2007, p. 248). A partir disso, para que houvesse o dever de indenizar, era necessário a comprovação do nexo causal, isto é, de que o ato culposo teria dado causa ao dano, o qual, por sua vez, caracteriza-se como “a própria razão de ser do dever de indenizar” (MORAES, 2007, p. 239), ou seja, pode-se afirmar que se não houver dano, não há, portanto,

obrigação de indenizar. Ocorre que por diversas vezes era muito complexo se provar a culpa do agente, a chamada prova diabólica ou impossível, ocasionando a irressarcibilidade dos danos nesses casos.

A partir da evidente incapacidade desse sistema de imputação de responsabilidade baseado integralmente em um elemento subjetivo - a culpa - é que deriva a responsabilidade civil objetiva, a qual “prescinde da avaliação da conduta subjetiva do agente para imputar o dever de reparar o dano causado” (MORAES, 2007, p. 248)⁴. Esta responsabilidade está intimamente ligada aos valores constitucionais democráticos, pois está conectada à ideia de solidariedade social, trazendo em seu escopo preocupação maior com a vítima do dano. Assim, a responsabilidade civil objetiva acaba por impedir que a vítima fique sem ressarcimento, caso a culpa seja “impossível” de se fazer provar, isso porque nela, conforme ensina Maria Celina B. de Moraes (2007, p. 250), questiona-se se quando há razões para que o autor seja responsabilizado, a vítima realmente deva ficar sem ressarcimento.

Outro ponto que a responsabilidade civil objetiva ganha destaque é quanto aos prestadores de serviço público. Até a promulgação da Constituição em 1988, apenas a pessoa jurídica de direito público é que respondia objetivamente pelos atos, enquanto que a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público estava sujeita ao regime da responsabilidade civil subjetiva. Contudo, com o advento da Constituição até mesmo as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público passam a responder objetivamente pelos seus atos, por força do artigo 37, §6^o (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 32 - 33).

118

Por fim, o último ponto de destaque da responsabilidade civil objetiva é no campo consumerista. A partir da proteção dada pela Constituição a esse tema cuja garantia se encontra no artigo 5º, XXXII, como direito fundamental, bem como no artigo 170, a seara do direito do consumidor ganha extrema importância, sendo fecunda a importância de um código que pudesse reduzir a importância da vontade individual em obediência aos princípios constitucionais, integradores do Estado social de direito delineado pelo constituinte (TEPEDINO, 2001, p.11).

Com isso, era inevitável a criação de alguma lei nesse sentido, o que acabou acontecendo dois anos após a promulgação da Constituição. A principal inovação do Código

⁴ TJDF – 3ª Turma Cível – 07081761020188070006 – Rel. Maria de Lourdes Abreu – J. 12/02/2020.

⁵ TJPR - 10ª C. Cível - 0007437-04.2017.8.16.0058 - Campo Mourão - Rel.: Juíza Elizabeth de Fátima Nogueira - J. 01.03.2021.

de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, no regime da responsabilidade civil foi imputar o dever de indenizar independentemente de culpa aos fornecedores de produtos e serviços “por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (BRASIL, 1990, não paginado)”. Tal imputação vem consubstanciada nos artigos 12 e 14 do CDC, acarretando-se por essência em responsabilidade civil objetiva.

Até o advento do CDC, ao consumidor cabia o ônus de provar a culpa do fornecedor, e este, por sua vez, só respondia se tivesse culpa. Certamente, esse cenário tornava o fornecedor de produtos e serviços irresponsável por seus atos, ocasionando na irressarcibilidade dos danos por ele praticados, “porque a complexidade do consumo, da produção, da distribuição em massa, tornou impossível a prova da culpa. Os fornecedores estavam, verdadeiramente, no paraíso: eram irresponsáveis” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 32).

Essa nova visão de reparar “retirou dos ombros do consumidor os riscos do consumo, e os transferiu para o fornecedor, atribuindo a este, responsabilidade objetiva” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 32)⁶. Isso porque, ele passa a se responsabilizar pelos danos causados de suas atividades mesmo que o consumidor não obtenha êxito em provar a sua culpa naquele ato.

Por fim, vale destacar ainda, conforme os ensinamentos de Maria Celina B. de Moraes (2007, p. 240), as hipóteses de responsabilidade civil objetiva decorrentes de atos lícitos, quais sejam, a cláusula geral de responsabilidade disposta no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, assim como o estabelecido nos artigos 931, 932, 937 e 938, do mesmo *códex*. Essa dinâmica da mesma maneira afeta a própria jurisdicionalização da responsabilidade civil, a qual em um primeiro momento a reparação pelos danos equivaleria “a uma vitória numa corrida de obstáculos, pois verificado o dano, competia à vítima a prova da culpa e do nexo de causalidade, que eram encarados como filtros à pretensão reparatória” e por conseguinte teria-se uma evolução da matriz individualista para uma solidarista da reparação do dano, a qual a finalidade seria distinta da primeira justamente por ter como “finalidade precípua a restituição do lesado ao estado anterior, desfazendo nos limites concretos, o dano sofrido” (EHRHARDT, 2014, p. 309).

⁶ Nesse sentido: TJPR – RI 003162926201481600190 PR 0031629-26.2014.8.16.0019/0 (acórdão), Relator: Fernando Swain Ganem, Data do julgamento: 06/11/2015, 1ª Turma Recursal.

Isso posto, ditas todas as principais hipóteses que fortaleceram a objetivação da responsabilidade civil, infere-se que esse instituto passou a ser regra no nosso ordenamento, muito embora alguns operadores do direito não acreditassem nisso. Ocorre que a confirmação de que havia realmente um sistema dualista (objetivo e subjetivo) de responsabilidade civil surge com a criação do Código Civil de 2002 “que, ao lado de uma cláusula geral de responsabilidade pela culpa, instituiu uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco” (MORAES, 2007, p. 251).

O segundo efeito, por sua vez, caracterizado pelo aumento das hipóteses de danos ressarcíveis decorre também do primeiro efeito explanado acima, no entanto a sua maior causa está fundada em outra situação. Isto porque, ao passo que a Constituição protegeu os interesses de natureza existencial, eventual violação de tais interesses dá azo a uma nova categoria de dano (RUAS, 2015, p. 14). Assim, não mais estaríamos falando em danos materiais tão somente, mas sim em novos danos extrapatrimoniais que não se resumem apenas aos danos morais, muito menos devem ser confundidos em danos morais.

Conforme ensina Maria Celina B. de Moraes (2007, p. 239), o surgimento de novos danos se dá muito por conta de que, diferente do direito penal, no direito civil não há tipificação de cada comportamento danoso, isto é, não há uma listagem de situações que se configuraria o dever de indenizar, mas tão somente há uma cláusula geral (art. 186 c/c art. 927, ambos do Código Civil), da qual decorre o dever de indenizar e que, por sua vez, os atos danosos devem preencher os “requisitos” da referida cláusula. Ainda, segundo a professora (2007, p. 241),

fala-se hoje em dano ao projeto de vida, dano por nascimento indesejado, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de morte em agonia, dano de brincadeiras cruéis, dano de descumprimento dos deveres conjugais, dano por abandono afetivo e assim por diante.

Nesse sentido, esse aumento indiscriminado de novos danos ressarcíveis acarreta também no aumento diretamente proporcional de pretensões no Poder Judiciário. A solução apontada por Maria Celina B. de Moraes (2007, p. 239) seria “circunscrever a área dos danos ressarcíveis, de modo a evitar a propagação irracional dos mecanismos de tutela indenizatória”. Já para Ruas (2015, p. 15), a solução “não parece ser a restrição da ressarcibilidade dos danos ou até mesmo a imposição de limites ao valor das indenizações, medidas que implicariam em um retrocesso no percurso até então trilhado pelo instituto”.

Por óbvio portanto que, se a abrangência da possibilidade do dano aumenta para possibilitar proteger interesses transindividuais, pensar a responsabilidade civil da forma que outrora se pensou, individualista e eminente patrimonial, não parece mais convergir com os ideias de uma interdisciplinaridade do direito civil com o direito constitucional. Isso significa que, por mais uma vez, a dogmática jurídica se modifica para assumir a ideia de que o binômio dano-reparação poderia ser trocado por uma racionalidade que leva em consideração as cláusulas gerais para delimitação dos deveres gerais de conduta nas relações entre particulares, tendo como fio condutor justamente a “noção de dignidade cada vez mais ligada à solidariedade e igualdade substancial, razão pela qual o ponto de partida está na funcionalização das situações patrimoniais às existências” (EHRHARDTH, 2014. p. 309).

Desta forma, percebe-se, portanto, que o instituto da responsabilidade civil trilhou o mesmo rumo da constitucionalização do direito civil, ao passo que dois grandes efeitos foram emanados: a objetivação da responsabilidade civil e o aumento das hipóteses de ressarcimento de danos, os quais carregam em sua essência os preceitos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. A partir disso, no próximo tópico, far-se-á uma análise mais estreita no que se refere ao dano moral, uma das hipóteses de ressarcimento advinda da noção de responsabilidade civil.

121

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DANO MORAL

Inicialmente, imperioso consignar que a indiscutível proteção ao dano moral decorre justamente dos valores emanados pela Constituição, em especial ao da dignidade pessoa humana. Isso porque, antes da promulgação do nosso ordenamento jurídico máximo havia uma fase negativista do dano moral. Até os idos de 1966, não se admitia, no Brasil, a indenização por tal dano. Posteriormente, no período compreendido ente 1966 e 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a indenização por esse dano, desde que cumulada com a indenização material.

A grosso modo, o dano moral é visto como ofensa à dignidade da pessoa humana. No entanto, essa definição totalmente abstrata admite que praticamente todo o sofrimento humano, isto é, sentimento de tristeza, constrangimento, vergonha ou humilhação, configure-se como dano moral (MORAES, 2007, p. 243). Utilizando-se de pesquisa jurisprudencial, é possível perceber que o STF definiu o dano de caráter moral como humilhação, sentimento de

desconforto e repercutível na tranquilidade da vítima⁷. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça definiu como “perturbação das relações psíquicas, da tranquilidade, dos sentimentos e no próprio afeto de uma pessoa”⁸. É a partir dessa (in)definição que tem sido possível nela incluir qualquer coisa, configurando-se, pois em uma vala comum. Ainda, o que para muitos seria dano moral, para outros seria, na verdade, mero dissabor e vice-versa.

Nesse sentido:

Na situação de indefinição em que se encontra o conceito de dano moral, tem sido possível nele incluir qualquer coisa, isto é, qualquer “sofrimento humano”, e, de outro lado, considerar que “pouco ou nada” seria suficiente para oferecer as extremas do instituto, sob o argumento de que não passam de aborrecimentos – comuns ou extraordinários – do dia-a-dia, não chegando a configurar real e verdadeiro sofrimento. (MORAES, 2007, p. 244).

Em contraponto ao que seria o dano moral subjetivo, caracterizado no parágrafo supracitado, há o chamado dano moral objetivo, o qual pode ser definido como lesão realizada contra qualquer um dos direitos da personalidade. Essa outra vertente de dano moral vem justamente para oferecer um maior rigor técnico, pois não seria necessária a avaliação da ofensa perante os critérios subjetivos, mas tão somente bastaria a configuração de uma ofensa aos direitos da personalidade (MORAES, 2007, p. 246).

122

A partir dessa discussão acerca de conceitos e da constitucionalização do Direito Civil, entendemos que o melhor passo a ser dado, invés de promover a dicotomia entre essas concepções, é adotar a chamada “cláusula geral de tutela da personalidade”, a qual vem expressa, no nosso ordenamento, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2007, p. 246). Para tanto, é necessário ao menos permear esse princípio em relação ao dever de indenizar. Desta forma, tomando-se por base os ensinamentos da professora Maria Celina B. de Moraes (2007, p. 247), tem-se que: “dano moral será, em consequência, a lesão a algum desses aspectos ou substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana.”.

Outrossim, mister frisar que o dever de indenizar por dano exclusivamente moral é constitucionalmente assegurado através dos incisos V e X do artigo 5º, encerrando a premissa anterior, já dita no começo deste tópico, de que ao dano moral só caberia indenização quando cumulado com dano material.

⁷ STF, 2ª T., RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, publ. DJ de 21.02.1997.

⁸ STJ, 4º T., REsp 8768 / SP, Rel. Min. Barros Monteiro, publ. DJ de 06.04.1992.

Neste sentido, cabe destacar a jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Especial nº 567.164, de relatoria da Min. Ellen Gracie, 18/08/2009:

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido.

Por fim, desde logo, adverte-se que a questão do dano moral deve ser tratada com muita delicadeza, a fim de que não haja impunidade com ofensas realizadas, bem como para que não haja uma banalização desse instituto, com a chamada “indústria do dano moral”⁹, ou seja, inúmeras condenações a título de dano moral, mas que não teriam potencial lesivo para tal, sendo mais compatíveis com a definição de meros dissabores cotidianos.

123

Por isso, cabe ao magistrado, de acordo com as situações colocadas pelo caso concreto, fixar o *quantum* indenizatório adequado, em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em que pese gradativamente o Superior Tribunal de Justiça e até mesmo os Tribunais de Justiça estejam trabalhando para que haja certos balizamentos em relação aos parâmetros de fixação da quantia indenizatória. Contudo, como

⁹ Para mais informações ver sobre em: FRANK, F.; OLIVEIRA, L.Z.; CORRÊA, R. Indústria do dano moral? Considerações a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial. Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, RJ, v. 1, nº 23, 2013. Neste trabalho, os autores concluem que as demandas envolvendo danos morais acabam por serem reflexos de uma deficiência de absorção dos direitos da personalidade do que propriamente um método para obtenção dos lucros por parte do requerente, podendo ocorrer assim a confusão de conceitos para uma “suposta” indústria do dano moral, chamada desta maneira dado a ampliação do acesso à justiça e consequentemente a inflação de ações que tramitam requerendo, infundada ou não, a condenação do requerido em danos morais. Em sentido distinto desta orientação, colaciona-se propriamente a seguinte ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. DEVEDORA CONTUMAZ. OUTRAS AÇÕES DUSCUTINDO DÉBITOS ANTERIORES. AFASTAMENTO DA SÚMULA 385, STJ. DANOS MORAIS DEVIDOS. ARBITRAMENTO MODERADO. AFASTAMENTO. INDÚSTRIA DO DANO MORAL. IMPEDIMENTO. PROVIMENTO. Afastado o reconhecimento da Autora como devedora contumaz, e comprovada a inscrição irregular do seu nome no cadastro restritivo de crédito, restam claros o reconhecimento da responsabilidade civil do Réu e seu dever indenizatório. O Valor dos danos morais, nestes casos, deve ser arbitrado de forma moderada sob pena de fomentar a indústria do dano moral. (TJ-MG – AC: 10000200642825001 MG, Relator: Alberto Henrique, DJe: 30/07/2020).

já ressaltado, essa tarefa é bastante árdua e complexa, principalmente pelo fato de que, em regra, não há como pré-fixar determinada quantia, até porque não nos parece correto um “tabelamento” de valores referentes a esse tipo de condenação.

Em outras palavras, a responsabilidade civil seria voltada então para afirmação de três valores: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social, as quais conseqüentemente, afetariam o dano nesta nova perspectiva constitucional (EHRHARDT, p. 311), sem, contudo, comprometer a subsistência e dignidade do agente, nem deixar de levar em conta o dano sofrido e os efeitos por ele causados a vítima.

5. CONCLUSÃO

Conforme se observa ao longo deste trabalho, houve um árduo processo de evolução para que se chegássemos à codificação vigente, passando por diversas crises legislativas, chegando a uma humanização do direito privado por meio de sua constitucionalização. Seja a partir da garantia dos direitos da personalidade, da função social da propriedade, do contrato, dentre outros, as inovações textuais trazidas pela Magna Carta de 88 foram essenciais para que se chegássemos ao Código Civil de 2002, que possui fulcro na garantia destes direitos pessoais. Porém, como demonstrado ao longo desse artigo, em meio a uma série de garantias estabelecidas constitucionalmente, há, também, a necessidade de serem sopesados os princípios, para que não haja conflito entre eles e, assim, garantir que o sistema jurídico vigente seja capaz de funcionar sem que haja grandes intervenções.

Há, ainda, de se considerar diversas dificuldades interpretativas que ainda devem ser superadas para que o direito seja expresso da forma mais cristalina possível, como (i) a visão política dos princípios constitucionais; (ii) a utilização dos princípios constitucionais como princípios gerais do direito, vez que estes são extraídos exclusivamente da legislação, a partir do método indutivo; (iii) a necessidade de uma regulação casuística, vez que o legislador vem preferindo por cláusulas gerais; e, por fim, a (iv) *suma divisio* entre direito público e direito privado, devendo haver uma interpretação uníssona, conjunta, entre os âmbitos do direito, vez que a distinção entre ambos deixou qualitativa, passando a ser quantitativa (TEPEDINO, 2001 p. 50-51). Ademais, no mesmo sentido, cabe ao intérprete de “solucionar os problemas não apenas à luz de um único dispositivo legal isoladamente considerado, mas sim à luz do inteiro ordenamento jurídico e dos princípios fundamentais que o conformam” (RUAS, 2015, p. 16).

É nesse sentido, pois, que há um algum tempo vem havendo movimentos nos tribunais brasileiros, especialmente STF e STJ, para que haja uma unificação entre os diversos microsistemas jurídicos, a jurisprudência e a doutrina, a fim de diminuir as dificuldades interpretativas quando da aplicação no caso concreto. Exemplo disso são as próprias decisões trazidas neste estudo, já que possibilitam entendimentos, ou até mesmo balizas, para a melhor aplicação do direito posto no caso concreto em análise pelos diversos magistrados espalhados pelo Brasil.

A importância disso é fundamental para evitar que haja discrepância entre decisões proferidas pelo território nacional. As dimensões continentais do território brasileiro acabam dificultando a aplicação uniforme da lei pelos quatro cantos do país. A título de exemplo, pode-se citar que para um juiz de Manaus-AM determinado fato se caracteriza como dano moral, no entanto o mesmo fato no entendimento de um juiz de Florianópolis-SC pode ser encarado como mero dissabor. Ou ainda, um fato idêntico capaz de ensejar indenização pode ter o seu *quantum* indenizatório extremamente discrepante entre os mesmos juízos citados. É por isso que as decisões trazidas são capazes de orientar os juízes no momento da caracterização de tal fato como dano moral ou no momento da fixação da quantia indenizatória. Seriam, na verdade, marcos referenciais com o fito de impedir a incongruência quando da aplicação da lei, evitando que vários fatos iguais sejam decididos de maneira muito discrepantes.

125

A responsabilidade civil e conseqüentemente, o dano moral, sofrem ainda as conseqüências do método interpretativo utilizado pelos operadores do direito, assemelhando-se “a um terreno muito acidente, ou a um canteiro de obras” justamente pela “fragilidade dos conceitos, de um lado, e a fragmentação da disciplina, de outro” (MORAES, 2007, p. 252). Sendo em certo sentido, imperioso a sua – difícil e não sendo o objetivo deste trabalho – sistematização, a qual somente pode ser realizada tendo como base “a interpretação constitucional da normativa ordinária bem como a aplicação direta dos princípios e valores constitucionais, como prevê a metodologia civil-constitucional” (MORAES, 2007, p. 253).

O sopesamento no ordenamento portanto, é necessário em virtude dos conflitos existentes entre os instrumentos que ainda não foram consolidados e das diversas demandas sociais, que foram reprimidas ao longo de nossa história. Deste modo, há a necessidade de se reestruturar uma série de conceitos e limites, a fim de se racionalizar a interpretação e aplicação do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro (MORAES, 2007, p. 255). A

qual posteriormente a promulgação da Constituição de 1998, essa racionalização de certo modo foi sentida tendo em vista a modificação do ideal político-jurídico, dando efeitos do mesmo modo para o – agora maior de idade – Código Civil, comparando ao antigo *códex*, como vimos. O ideal individualista e patrimonialista perdeu espaço com o princípio da proteção da pessoa humana, em especial tendo em vista a noção constitucional de solidariedade, a qual o direito exprime ao direito a função de “condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas” (SARMENTO, 2004, p. 339), fazendo com que esta noção represente a teologia da justiça¹⁰, servindo de referência de leitura para outras normais do ordenamento (EHRHARDTH, 2014. p. 307). Tais normas, no contexto litigioso exige da mesma maneira a interpretação das diversas categorias jurídicas condizentes com o tempo presente, com observância da *força construtiva dos fatos sociais* (FACHIN, 2003, p. 39), justamente pela possibilidade de realocar “o indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses e sempre na perspectiva da igualdade substancial (FACHIN, 2003, p. 17).

Por fim, os litígios, propriamente, as inundações de fato, ocorrem como resultado das próprias demandas sociais e da mesma maneira e conseqüentemente os embate na normatividade jurídica. Conclui-se assim que a responsabilidade civil teve suas bases alteradas, assim como os danos morais, pelo processo da constitucionalização do direito, mas que a doutrina ainda se preocupa pelo aprofundamento do debate e a funcionalização destes institutos na direção da solução de problemas comuns ao cotidiano-forense (EHRHARDTH, 2014, p. 314), cabendo a mesma, respeitando este processo de constitucionalização “proceder à reconstrução racional do sistema da responsabilidade no ordenamento jurídico nacional” (MORAES, 2007, p. 255).

126

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

¹⁰ Esta expressão anuncia a ideia de que o direito é solicitado a manifestar-se e propriamente intervir. Muito mais do que antigamente, diga-se de passagem, conforme anota Marcos Ehrhardt Jr (2014, p. 307).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**. v. 9. – n. 29, p. 233 - 258, jul/dez 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

JR EHRHARDT, Marcos. Responsabilidade civil ou direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: RUZYK PIANOVSKI, C.E.; DE SOUZA, E. N. ; DE MENEZES, J. B.; JR EHRHARDT MARCOS (Org.). **A ressignificação do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

RUAS, Celiana Diehl. Constitucionalização do direito privado: impactos dogmáticos e efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **XII Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea**. Unisc, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/issue/view/56>. Acesso em 05 nov. 2020.

127

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista científica da Escola Paulista de Direito** (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. Maio/Agosto de 2005. Disponível em: https://www.justocantins.com.br/files/publicacao/20120405200628_tartuce_funsocial.pdf. Acesso em 05 nov. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio Janeiro, RJ: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas Para a Constitucionalização do Direito Civil. Rio de Janeiro: RDE, **Revista de Direito do Estado**. nº2, ab/jun 2006.