

A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PESSOA HUMANA E OS DANOS MORAIS: A CONCRETIZAÇÃO DE UM PRINCÍPIO

GENERAL CLAUSE OF THE HUMAN PERSON AND MORAL DAMAGES: THE IMPLEMENTATION OF A PRINCIPLE

Pastora do Socorro Teixeira Leal¹

Alexandre Pereira Bonna²

RESUMO: O presente ensaio chega ao seu pináculo, conceitualização do dano moral como violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana, a partir da desconstrução da dicotomia entre direito público e direito. Este pilar enseja o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, que impõem uma releitura de conceitos e institutos tradicionais à luz da Constituição. Nesta releitura, surge o dano moral como violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana, sendo esta um mecanismo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana na seara da responsabilidade civil. Para densificar o princípio da dignidade da pessoa humana na esteira da cláusula geral de tutela da pessoa humana, o trabalho realiza esforço para preenchimento normativo da mesma por meio de quatro princípios decompostos a partir dos postulados kantianos concernentes à dignidade, buscando a efetiva utilização da respectiva cláusula na delimitação das hipóteses de cabimento do dano moral.

PALAVRAS-CHAVE: dano moral; dignidade da pessoa humana; cláusula geral de tutela da pessoa humana; Direito Civil constitucionalizado.

ABSTRACT: The present work reaches its pinnacle, conceptualization of moral damages to the general clause as a violation of protection of the human person, from the deconstruction of the dichotomy between public law. This pillar desire the phenomenon of constitutionalization of civil law, which impose a reinterpretation of traditional concepts and institutions in the light of the Constitution. In this retelling, the moral damage arises as a violation of the general clause protection of the human person, which is a mechanism for implementation of the principle of human dignity on the likes of liability. To densify the principle of human dignity in the wake of the general clause of guardianship of the person, the job carries normative efforts to fill the same by four principles decomposed from the Kantian postulates concerning dignity, seeking effective use of their clause in delimitation the hypotheses for moral damages.

KEYWORDS: moral damages; human dignity; clause general supervision of the individual; Civil constitutionalized.

INTRODUÇÃO

Superada a dicotomia entre direito público e privado, impõe-se uma releitura dos conceitos e institutos do Direito Civil, inclusive, da responsabilidade civil, sob a tábua axiológica da Constituição Federal, na esteira do Direito Civil constitucionalizado.

¹ Professora de graduação e de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia – UNAMA, Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região (PA), graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (1985), mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (1998), doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e pós-doutorado pela Universidade Carlos III de Madri-Espanha (2006)

² Mestrando em Direitos Humanos e Relações Privadas pela UFPA, advogado

Assim, os valores pregados pela Carta Magna irradiam por todo o Direito Privado, exigindo releitura dos conceitos e institutos, além do que, as relações existenciais passam a gozar de prioridade no ordenamento jurídico.

Nesse espectro, dentre os valores constitucionais a serem observados pelo Direito Civil, o principal deles é a dignidade da pessoa humana, norma e princípio que “caí como uma luva” para a necessidade de um tratamento constitucional do dano moral. Nessa perspectiva, são ultrapassados os critérios que vinculam o cabimento dos danos morais aos sentimentos de dor e sofrimento, lesão aos direitos de personalidade e/ou lesão a um direito subjetivo, haja vista a moderna conceituação de dano moral como qualquer lesão ao direito subjetivo à dignidade e/ou violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Portanto, surge o princípio da dignidade da pessoa humana como um vetor delimitador das hipóteses de ocorrência do dano moral, albergando o tratamento constitucional adequado ao instituto da responsabilidade civil e ampliando a proteção ao aspecto extrapatrimonial da pessoa humana.

É nesta delimitação das hipóteses de dano moral reparável que se assenta o presente estudo, tendo em vista que a reparação do dano moral como qualquer lesão ao direito subjetivo à dignidade e violação à cláusula geral de tutela encontra obstáculos em demandas judiciais, seja pela recente digestão dos valores constitucionais na responsabilidade civil e pela camisa de forças que circunda o instituto, marcada por critérios obsoletos e em desarmonia com o Texto Supremo, seja pela ausência de critérios legais e doutrinários para se apurar nos casos concretos a ocorrência/cabimento ou não dos danos morais.

Contudo, surgem alguns questionamentos: como utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana para aferir as hipóteses de cabimento do dano moral? De que forma aliar o princípio da dignidade da pessoa humana e a cláusula geral de tutela para essa delimitação? Qual o alcance e sentido desta cláusula?

Assim, o presente ensaio busca estabelecer a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a cláusula geral de tutela, e a relação desta com as hipóteses de cabimento do dano moral, defendendo a tese de que o dano moral se configura a partir da violação a cláusula geral de tutela da pessoa humana e/ou como qualquer lesão ao direito subjetivo à dignidade. Para alcançar esta conceituação, imprescindíveis foram as obras do professor Sérgio Cavalieri (2012) e da professora Maria Celina Bodin de Moraes (2009), que conceitua a dignidade da pessoa humana a partir de postulados kantianos, bem como formula e propõe a aplicação de uma cláusula geral de tutela composta por quatro princípios que formam o seu substrato axiológico e conteúdo normativo.

Nesta senda, o dever de indenizar surge a partir da violação de um dos quatro princípios, motivo pelo qual o direito à reparação por danos morais não está vinculado à lesão a um direito subjetivo, muito menos aos sentimentos de dor e sofrimento.

Por tudo isso, a pesquisa se mostra atual e relevante, não somente pela nova dimensão dada ao dano moral, mas também pela concretização do princípio retromencionado nesse âmbito.

1. A DESCONSTRUÇÃO DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO/DIREITO PRIVADO E O SURGIMENTO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO

Preambularmente, antes de adentrar nos meandros atinentes ao Direito Civil constitucionalizado, é de suma importância realizar um retrospecto histórico e jurídico que descamba na superação da clássica divisão entre direito público e direito privado, que era arrimada na ideia de duas esferas incomunicáveis e reciprocamente exclusivas.

A distinção entre direito público e direito privado, uma das maiores divisões da história do pensamento jurídico, representou, no bojo das inúmeras definições feitas ao seu respeito, a noção de que haviam matérias exclusivas e exaustivas para cada um desses mundos, vistos como incomunicáveis. Esta divisão esteve inculcada no pensamento jurídico ocidental por longos séculos, bastando lembrar que *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem* (o direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à polis ou civitas, o privado à utilidade dos particulares).

Subsistiu por muito tempo no pensamento jurídico ocidental a dicotomia rígida entre o direito público e o direito privado. O Direito Público foi conceituado como o ramo do direito relativo à estruturação e disciplina do Estado; o Direito Privado como o que se ocupava em disciplinar as relações intersubjetivas.

Importante ressaltar que a primazia do direito privado sobre o público, e vice-versa, ao longo da história é representada por uma senoide, pois ocorreu a primazia de um sobre o outro a partir de determinadas conjunturas sociais e econômicas, sem que se possa falar em um traçado uniforme desta análise.

A divisão entre direito público e direito privado caminha para uma dupla convergência, como bem elucidada Neto (*Op. Cit.*, p. 29):

É o fim das dicotomias. Subsistem diferenças, porém elas são meramente “quantitativas”, pois há institutos onde prevalecem os interesses da

coletividade, e outros institutos onde predominam os interesses da sociedade embora funcionalizados à realização dos interesses existenciais dos cidadãos.

Nesse sentido, o Estado adentra em matérias, antes exclusivas do direito privado, impondo limites às relações entre os particulares, e o direito privado vai ao encontro de categorias dos interesses e direitos coletivos e difusos, bem como traça valores de ordem social a serem observados como a função social da propriedade, função social da empresa, função social do contrato e função social da família, à guisa de exemplo.

Estes fenômenos são chamados de privatização do direito público e publicização do direito privado e demonstram a superação da dicotomia direito público e direito privado.

O direito civil constitucionalizado ou a constitucionalização do direito civil é um dos fenômenos da publicização do direito privado, que se manifestou após a superação da dicotomia alhures mencionada.

Portanto, o ordenamento jurídico deve guardar coerência com um todo unitário, com a Constituição ao centro, de tal sorte que as soluções de demandas judiciais e de qualquer aspecto ligado a um determinado artigo e/ou lei deve levar em conta a espinha dorsal do direito, representada pelos princípios fundamentais estampados na Carta Magna.

Isso significa que o valor da segurança, ligada à estabilidade das relações jurídicas, que caracterizava as codificações liberais, deve saber transigir com o valor da esperança, ligada à transformação do existente, em prol de uma nação comprometida com o horizonte traçado na Carta Maior – a criação de uma sociedade, mais justa, livre e solidária, com vida digna para todos, em ambiente caracterizado por intenso pluralismo (NETO, *Op. Cit.* p. 30.).

A constitucionalização do direito civil, também, é vista como consequência da prevalência do princípio da democracia em nosso ordenamento jurídico, pois as normas constitucionais são fruto de amplo debate em Assembleia Nacional Constituinte, com forte participação popular, em contraste com as leis ordinárias. Assim, “o princípio da democracia impõe a máxima eficácia do texto constitucional, expressão mais sincera das profundas aspirações de transformação social.” (MORAES, 1991, p. 235).

Nesta senda, a Constituição Federal deixa de ser mera carta política, endereçada exclusivamente para o legislador, e passa a servir de esteio valorativo para a interpretação e aplicação do direito privado.

O direito civil constitucionalizado pode ser lido sob duas lentes: primeiro, a partir da constatação de que institutos e regras tradicionais, antes exclusivas do direito civil, passam a ser tratadas explicitamente pela Constituição; segundo, a partir da necessidade de observância do diploma civil com o conteúdo axiológico da Constituição, “informado pelos princípios

estabelecidos na Constituição, dentre os quais, como é de todos sabido, ressalta, com supremacia, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).” (NEGREIROS, 2006, p. 61)

Quanto a necessidade de observância da Constituição sob a sua tábua axiológica, importante salientar que o constituinte, ao optar por esculpir no Texto Supremo alguns princípios e regras, impõe que qualquer norma do diploma civil, quando atingida por esses valores, deva ser interpretada em consonância com os mesmos.

Neste viés, a constitucionalização do direito civil impõe a releitura de conceitos e institutos do Direito Civil à luz do Texto Supremo, seja pelo tratamento que este trouxe àqueles, seja pela necessidade de adequação dos institutos civis com os valores estampados na Constituição, conforme ensina Moraes (2006, p. 234):

(...) o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico. Valores que adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios.

Nesta ordem de ideias, a constitucionalização do Direito Civil implica na transferência de valores estampados na Constituição para a esfera do direito privado, sendo o principal deles o da dignidade da pessoa humana, que significou a preocupação do legislador constituinte em ampliar a proteção da pessoa humana e atrair a prevalência das situações jurídicas extrapatrimoniais sobre as patrimoniais. Esta primazia do ser humano engendrou abrupta modificação de todo o direito privado, inclusive no que diz respeito à responsabilidade civil, e, mais especificamente, ao dano moral.

Destarte, a constitucionalização do direito civil determina que os princípios constitucionais atinjam os institutos e normas tradicionais de direito civil. Daí decorre a urgente necessidade de realizar controle de validade dos conceitos e institutos tradicionais do direito civil no tocante a sua consonância e respeito aos princípios da Constituição.

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL E O SEU TRATAMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O dano moral sempre foi circundado por embates teóricos diversos, como a questão relacionada à sua valoração, o seu “quantum”. Contudo, a pedra de toque de todas as

discussões concernentes ao dano moral necessariamente perpassam, antes, pelo que vem a ser o dano moral, ou melhor, pelas suas hipóteses de cabimento.

No que tange ao conceito de dano moral, doutrina e jurisprudência desenvolveram três correntes para aferição das hipóteses de cabimento da reparação por dano moral. A primeira afirma que o dano moral é devido quando a pessoa foi alvo de vexame e humilhação que lhe causou dor, sofrimento e angústia. A segunda corrente prega que o dano moral seria qualquer violação a um direito da personalidade, como a honra, a imagem e o nome. A última corrente realiza uma ponte axiológica entre a Constituição e o Código Civil, e leciona que o dano moral se configura quando ocorre a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e/ou a violação ao direito subjetivo à dignidade, que deve ser encontrada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A primeira corrente, ainda aplicada e difundida, que considera que o dano moral guarda “estrita ligação com a dor moral ou física, com a privação moral de uma satisfação” (SANTINI, 2002, p. 9), se tornou ultrapassada na medida em que os sentimentos e sensações de dor, sofrimento, humilhação e angústia são consequências do dano moral e não podem servir de parâmetros para a sua configuração, até porque todas as relações humanas acarretam os mais variados sentimentos, nas mais diversas intensidades, sendo natural do ser humano sentir dor e sofrimento. Assim, “o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.” (GONÇALVES, 2009, p. 616.)

Nesta linha de raciocínio, GONÇALVES (2009, p. 616) ensina:

[...]o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.”

Cavaliere (2012, p. 89) tece contundentes críticas a essa conceituação do dano moral, com sua clareza ímpar:

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Assim, como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

Além do mais, insta salientar que há pessoas que, por causa transitória ou não, ficam impossibilitadas de externar sentimentos de dor e sofrimento, seja porque não sentem, seja porque, em princípio, não externam visivelmente estas emoções, como é o caso do nascituro, de pessoas em coma, etcetera. Ainda sim, mesmo que a dor e o sofrimento não se manifestem, estas pessoas podem ser vítimas de uma violação ao direito subjetivo à dignidade, haja vista que pelo simples fato de serem pessoas humanas são detentoras de dignidade e da sua proteção correlata. Esta preocupação foi brilhantemente explanada por Cavalieri (*Op. Cit.*, p. 89):

Com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser respeitada.

Para a segunda corrente, igualmente presente em sentenças e peças processuais, o dano moral se configura a partir da constatação de uma violação a um dos direitos da personalidade (artigos 11 a 21 do Código Civil). Esta corrente não é duramente criticada como a primeira, haja vista que os direitos da personalidade são inatos à condição de pessoa humana, sem os quais esta não subsiste. Além do mais, os direitos da personalidade são derivados da dignidade da pessoa humana como princípio e têm por objeto, também, a proteção da pessoa humana.

Os direitos da personalidade estão presentes em grande parte dos direitos fundamentais e, repisa-se, o rol previsto nos artigos 11 e seguintes do Código Civil não é exaustivo, haja vista que o legislador não tinha como taxar todas as manifestações da personalidade humana, bem como as hipóteses de violação dos seus direitos, principalmente em face da alta tecnologia e complexidade que tange as relações sociais. Nesta linha, Cupis (2006, p. 39) assevera que “os direitos da personalidade são muito mais numerosos do que aqueles de cuja disciplina se ocupou o legislador do direito privado”.

Contudo, em que pese a abrangência dos direitos de personalidade na tutela da pessoa humana e a sua umbilical relação com muitos direitos fundamentais, a violação a um direito da personalidade não é o conceito mais apropriado para uma releitura do dano moral sob a lupa constitucional. Isto porque os direitos da personalidade são direitos subjetivos, os quais

tem sua origem vinculada ao direito de propriedade, que se manifestava como um direito geral de abstenção à sociedade, e, na seara dos direitos subjetivos o sujeito é uma pessoa, mas o objeto é um aspecto extrapatrimonial, sendo necessário, para uma completa proteção da esfera existencial da pessoa humana a construção de um conceito que albergue a pessoa como sujeito e objeto. Além do mais, há violações à dignidade da pessoa humana – como não podem ficar alijadas da tutela ressarcitória – que não são violações a direitos subjetivos.

Antes de esmiuçar a terceira corrente mencionada, é importante salientar que esta só é oportunizada a partir da desconstrução da dicotomia entre direito público e direito privado, da análise da Constituição ao centro do Direito Civil, com seus valores irradiando e por todo o ordenamento jurídico privado e impondo uma releitura de institutos e conceitos tradicionais, bem como a partir da concretização da dignidade humana no campo das relações privadas.

As mudanças conceituais do dano moral surgiram a partir do Texto Supremo de 1988, haja vista que pela primeira vez o dano moral recebeu agasalho constitucional, conforme se percebe do rol de direitos e garantias fundamentais expressos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Artigo 5º, inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
Artigo 5º, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Posteriormente, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186 cumulado com o artigo 927, trouxe a reparabilidade para danos exclusivamente morais, haja vista que quem “violou direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “fica obrigado a repará-lo.”

De sucinta leitura dos dispositivos alhures mencionados, infere-se que o dano moral pode ser cumulável com o dano estético e com o dano material, conforme já sumulado pelo STJ (súmulas n. 37 e 387). Aliás, a obrigação de reparar o dano surge mesmo que este seja exclusivamente moral.

Frisa-se que o dano moral foi elevado ao topo do ordenamento jurídico pelo constituinte, fruto do soerguimento do homem e da sua corolária dignidade, que compõem o substrato axiológico do constitucionalismo moderno, reviravolta esta que teve o pontapé dado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Desta forma, o dano moral deve ser interpretado na Carta Magna de 1988 não apenas a partir dos incisos V e X do artigo 5º, mas também a partir do art. 1º, inciso III, que reza:

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:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Com o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a pessoa humana passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, o que representou a ponte entre a Constituição Federal e o Código Civil no tocante ao dano moral, “porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.” (FILHO, *Op. Cit.*, p.88.). A partir de então, além dos direitos patrimoniais, o homem é titular de relações jurídicas que representam valor atinente à própria natureza humana. Neste viés, os contornos conceituais do dano moral “devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, V (...) e X (...) e, especialmente, no art. 1º, III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático “a dignidade da pessoa humana” (GONÇALVES, *Op. Cit.*, p. 617.)

O artigo 186 do Código Civil não fixa critérios para a delimitação das hipóteses de cabimento de reparação dos danos morais, apenas trata da teoria do ato ilícito (artigo 186) e da obrigação de indenizar (artigo 927), dispositivos estes que são cláusulas gerais.

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa que se contrapõe à rigidez positivista e buscam integrar o sistema jurídico a partir de dispositivos legais que albergam alta carga de valor e generalidade.

Esta técnica foi amplamente adotada pelo Código Civil de 2002, no afã de ser um diploma eficiente em face das complexas relações sociais e do abrupto desenvolvimento industrial, tendo em vista que a legislação privada já não acompanhava muitas situações que necessitavam de arrimo legal. Portanto “às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da mobilidade, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.” (COSTA, 1998, p. 129-154). Costa elucida o objetivo das cláusulas gerais como técnica legislativa:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. (COSTA, *Op. Cit.*, p. 129-154)

Essas cláusulas gerais funcionam como um instrumento para a incidência de normas constitucionais, ante a possibilidade do preenchimento pelo conteúdo axiológico pretendido pelo legislador originário. Estas cláusulas foram criadas pelo legislador infraconstitucional com o escopo de conceder mais segurança às soluções jurídicas, impedindo que as hipóteses de dano reparável fossem taxativas e limitadas, motivo pelo qual assistimos a abertura de um rico campo de interpretação para os operadores do direito.

Neste viés, sendo a responsabilidade civil desenvolvida por meio de cláusulas abertas, impõe-se o rearranjo deste instituto sob a tábua axiológica da Constituição, pois,

[...] uma ciência que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito. (NERY, 2002, p. 114)

Nesse sentido, a Constituição Federal passou a ocupar o centro do direito privado, antes preenchido apenas pelo Direito Civil - que também perdeu exclusividade e amplitude em razão do surgimento dos microssistemas legislativos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, Lei do Inquilinato e Estatuto da Criança e do Adolescente – assumindo “a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais.” (MORAES, 2006. p. 233 a 258)

Portanto, com a necessidade de readequação dos institutos do Direito Civil para o fim de se harmonizar com os valores constitucionais, sendo o principal deles o da dignidade da pessoa humana, surge um imperativo para o aprimoramento do regime de responsabilidade civil apto à imediata prevenção ou, reparação de forma ampla e em harmonia com o Texto Supremo, sendo a reparação por danos morais uma faceta de proteção da dignidade da pessoa humana na esfera extrapatrimonial.

A partir da análise de jurisprudências dos tribunais pátrios, verifica-se que os tecnólogos do direito aplicam a legislação civil aos casos concretos sem critérios ou a partir de critérios ultrapassados, o que tem gerado duas consequências diretas e antagônicas: a indústria do dano moral a partir do estímulo à pessoas que batem a porta do judiciário por abalos que não são dignos da tutela ressarcitória; pretensões legítimas indeferidas em afronta à sistemática de proteção da pessoa humana.

Sob uma ótica constitucionalizada do Direito Civil, o conceito de dano moral mais adequado ao sistema de proteção extrapatrimonial da pessoa humana é o que o vincula a noção de lesão à dignidade humana, seja a partir da constatação de uma violação à cláusula

geral de tutela da pessoa humana e/ou do direito subjetivo à dignidade. Desta forma, não existirá “um número fechado de hipóteses tuteladas: o tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas.” (PERLINGIERI, 2009. p. 156)

Destarte, o dano moral se configura a partir da afronta à dignidade da pessoa humana, na esteira do direito civil constitucionalizado, tendo em vista que este é o valor supremo de toda a ordem jurídica, que produz a integração de todo o ordenamento jurídico, servindo de base para a aplicação, interpretação e integração de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse sentido, Filho (*Op. Cit.*, p. 89) ensina:

(...) Em sentido estrito dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral.

Na mesma ordem de ideias, Moraes (2006, p. 247) argumenta:

Sob esta perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana. (...) Socorre-se, assim, da opção fundamental do constituinte para destacar que a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico, pode produzir dano moral contanto que grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana.

Nesse cenário, ultrapassam-se os critérios que vinculavam o cabimento dos danos morais aos sentimentos de dor e sofrimento e/ou como lesão aos direitos da personalidade, haja vista a moderna conceituação de dano moral como qualquer lesão a dignidade humana, sendo a cláusula geral de tutela da pessoa humana, nesse sentido, mecanismo de densificação normativa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Simplificando o conceito de dano moral aqui traçado, Filho (*Op. Cit.* p. 88) fala em direito subjetivo à dignidade ao prelecionar que “temos o que hoje pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade”. Portanto, poder-se-ia considerar dano moral qualquer violação ao direito subjetivo à dignidade, já que direito subjetivo é o "poder atribuído à vontade do sujeito para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos legalmente." (GOMES, 1974, p. 129)

Assim, todo ser humano tem o direito subjetivo à dignidade, direito este que impõe aos demais componentes da comunidade um dever de respeito, tendo em vista que “a dignidade

da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa (...) e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.” (MORAES, 2005, p. 128)

Essa conceituação de dano moral, calcada na lesão à dignidade da pessoa humana e erigida sobre a penetração da Constituição no Código Civil, rompe barreiras na proteção da pessoa humana, ao impedir limitações de ordem legal, com base nos sentimentos de dor e sofrimento, consolidando-se a cláusula geral de tutela da pessoa humana como o toque constitucional na seara da responsabilidade civil, na medida em que serve de critério para a delimitação das hipóteses de dano moral reparável e ao mesmo tempo dota de máxima eficácia o princípio da dignidade da pessoa humana nesse sentido.

Destarte, Moraes (1991, p. 144-145.) elucida as benesses desse conceito de dano moral e elabora o papel da cláusula geral de tutela da pessoa humana:

(...) não se poderá, com efeito, negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também judicial. (...) Eis aí a razão pela qual as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana. Os direitos das pessoas estão, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela humana.

(...) é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.

Por meio do princípio fundamental da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição, chega-se à cláusula geral de tutela da pessoa humana, a orientar as hipóteses de cabimento do dano moral. No tocante a esta conceituação de dano moral, Moraes (2009, p. 184) elucida:

Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causado-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer 'mal evidente' ou 'perturbação', mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica.

Desta forma, delimitam-se as hipóteses de dano moral à luz do Texto Supremo, englobando como dano moral hipóteses não abrangidas por critérios antigos, e, ao mesmo

tempo, coibindo um espraiamento desordenado e injusto da obrigação de indenizar. Quanto a esta preocupação, discorre Tepedino (*Op. Cit.*, p. 2-3):

Torna-se indispensável a busca de balizas que, fundadas nos princípios e valores constitucionais, sirvam para unificar o sistema de responsabilidade, discriminando-se os chamados danos ressarcíveis e reconhecendo a irreparabilidade de inúmeros danos do cotidiano. Em segundo lugar, por mais louvável que seja a ampliação do dever de reparar, protegendo-se as vítimas de uma sociedade cada vez mais sujeita a riscos – decorrentes das novas tecnologias, dos bancos de dados pessoais, dos aparatos industriais, da engenharia genética, e assim por diante –, não se pode desnaturar a finalidade e os elementos da responsabilidade civil. O dever de reparar não há de ser admitido sem a presença do dano e do nexo de causalidade entre a atividade e evento danoso, tendo por escopo o ressarcimento da vítima.

Ao cabo de tudo que foi dito, poder-se-ia dizer que o surgimento da obrigação de indenizar, no tocante ao dano moral, tem como causa o descumprimento da obrigação de não lesar a pessoa humana e a violação ao direito subjetivo à dignidade, já que “quando se ofende a vida, a integridade física, ou outros bens de que nos temos ocupado, nasce uma responsabilidade extracontratual (...)” (CUPIS, *Op. Cit.* p. 49).

Sob a lente da Constituição, o melhor conceito para tutelar a pessoa humana de forma ampla e eficaz é o de dano moral como violação à cláusula geral de tutela e/ou lesão ao direito subjetivo à dignidade, ambos arrimados no princípio da dignidade da pessoa humana, pináculo do ordenamento jurídico, que permite a aptidão para a garantia de reparação de qualquer lesão a uma situação jurídica subjetiva existencial.

3. A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PESSOA HUMANA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA DELIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO DANO MORAL

O presente ensaio adota o conceito de dano moral como lesão à dignidade humana, que sob diferentes óticas, dialeticamente complementares, pode descambar em uma violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e/ou de um direito subjetivo à dignidade, sendo que em qualquer das hipóteses surge o direito à reparação, apto à tutela jurisdicional sob a ótica do direito civil constitucionalizado. Portanto, este conceito nasce no bojo da constitucionalização do Direito Civil, que importa “em modificações substantivas relevantes na forma de se conceber e encarar os principais conceitos e instituições” (SARMENTO, *Op.*

Cit., p. 84), constitucionalização esta, repisa-se, oportunizada pela desconstrução da dicotomia direito público/direito privado.

Antes de esmiuçar o impacto do princípio da dignidade da pessoa humana na seara da responsabilidade civil, no tocante ao dano moral, é importante definir o que é um princípio jurídico, sua importância e força na concretização de direitos, bem como delimitar conceitualmente a dignidade da pessoa humana, sem a pretensão de exaurir o tema, mas tão somente no intuito de robustecer o conceito de dano moral aqui trabalhado, pois uma demasiada amplitude e abstração pode ser um obstáculo para a elaboração de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana como critério às hipóteses de cabimento do dano moral.

Princípio, do latim *principiu*, é definido por Holanda (1999), como começo, causa primária, germe. Em um determinado sistema de conhecimento, os princípios servem para validar as demais asserções que pretendem se alojar num campo de saber determinado.

No Direito, verifica-se não só a simples existência de princípios, mas o aumento acentuado na utilização dos mesmos pelos operadores do direito na solução de casos concretos, sendo de suma importância compreender a utilização destas espécies normativas, já que a doutrina constitucionalista afirma que se vive um Estado Principiológico. Destarte, “sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.” (BONAVIDES, 2012, p. 267)

Ultrapassada a fase em que os princípios jurídicos eram tratados como normas programáticas, com caráter demasiadamente abstrato e como fonte subsidiária do direito, o pós-positivismo, que compreende a efervescência do constitucionalismo nas últimas décadas do século XX, impõe uma nova forma de pensar os princípios jurídicos, haja vista que as novas Constituições passaram a fincar um alto grau de importância aos mesmos, transformados em sustentáculo de todo o ordenamento jurídico.

Neste novo cenário, os princípios jurídicos são normas jurídicas, tem aplicação direta e são fontes primárias de normatividade; são, portanto, normas-valores dotadas de positividade.

É possível constatar, com o advento do pós-positivismo, que os princípios jurídicos estão abarcados na seara da normatividade jurídica, sendo necessário conferir força aos mesmos, mesmo em face de suas eventuais vaguezas, ambiguidades, generalidades e abstrações.

O fato de os princípios jurídicos fazerem parte da categoria de normas jurídicas, mesmo que de alto grau valorativo, implica em um esforço contínuo para garantir a máxima eficácia aos mesmos, pois os princípios são responsáveis por albergar unidade de sentido à

ordem jurídica. Consequentemente, “os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.” (BONAVIDES, *Op. Cit.*, p. 299)

Assim, a cláusula geral de tutela da pessoa humana é um mecanismo de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, um esforço axiológico de preenchimento de um espaço normativo do princípio, no afã de promover a necessária concretização e eficácia da norma, pois “densifica-se um espaço normativo a fim de tornar possível a concretização e conseqüente aplicação de um princípio a uma situação jurídica.” (SOARES, 2010, p. 68)

Por fim, os princípios jurídicos se concretizam por meio de valores integrados em regras ou normas jurídicas que, por sua vez, representam um conteúdo material. Este trabalho utiliza o conteúdo material da dignidade da pessoa humana com base nos estudos de Maria Celina Bodin de Moraes sobre os postulados kantianos concernentes à dignidade.

Portanto, cabe agora, à luz da Constituição Federal, reler os conceitos e institutos do Direito Civil, bem como traçar critérios capazes de definir, caso a caso, as hipóteses de dano moral reparável, meio a uma reconstrução do sistema da responsabilidade civil a partir da aplicação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, arrimada no princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a vida só vale a pena se for digna e a dignidade “é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais.” (FILHO, *Op. Cit.*, p. 89)

O dano moral surge como uma faceta de proteção à esfera extrapatrimonial da pessoa humana, contudo, ainda se esbarra em dificuldades na mensuração da dignidade da pessoa humana. As dificuldades encontradas no campo do dano moral perpassam pela constatação de que dano moral pode ser quase tudo ou quase nada; instrumento para o enriquecimento sem causa e motivo de injustas improcedências. Nesse sentido, “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.” (MORAES, 2006, p. 233 a 258)

O enfrentamento dessa questão é inarredável para elucidar as hipóteses aptas para a reparação por dano moral à luz dos preceitos constitucionais, tendo em vista que há um aumento exponencial do número de acidentes, bem como do número de ações que versam sobre reparação por danos morais, não podendo a pessoa humana ficar refém de critérios obsoletos e insuficientes para a devida proteção de sua esfera extrapatrimonial, já que “a ausência de rigor científico e objetividade na conceituação do dano moral têm gerado

obstáculos ao adequado desenvolvimento da responsabilidade civil além de perpetrar, cotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados.” (MORAES, 2006, p. 244)

Após situar o dano moral no cerne da problemática e assentar as premissas básicas sobre os princípios jurídicos é necessário alcançar o sentido do princípio da dignidade da pessoa humana e, posteriormente, da cláusula geral de tutela, sendo imperioso, para tanto, esboçar uma noção da dignidade da pessoa humana, haja vista que essa expressão tem sido alvo de inúmeras definições por estudiosos das mais diversas ciências, como a filosofia e a sociologia, e uma abstração demasiada desses conceitos pode tornar nebulosa as suas aplicações.

Com o término da 2ª Guerra Mundial se consolida a positivação da dignidade da pessoa humana na esfera constitucional e nos tratados internacionais, haja vista o extremo esquecimento dos valores humanitários no cenário do holocausto e a necessidade de soerguimento desses direitos “(...) perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismos, polpotismo, genocídios étnicos).” (CANOTILHO, 1997, p. 225).

Nessa efervescência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução n. 217 em 10/12/1948, assinado pelo Brasil na mesma data, reconheceu a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; em nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da República (artigo 1º, inciso III); no plano internacional, a dignidade da pessoa humana tem representado o vetor axiológico do constitucionalismo moderno.

Contudo, a noção de dignidade da pessoa humana possui raízes na doutrina cristã - que difundiu a ideia de igualdade entre os homens e o amor ao próximo - e na filosofia Iluminista, capitaneada por Kant (In (SARMENTO, *Op. Cit.* p. 87), segundo o qual “o Homem, como ser racional, dotado de autonomia moral, constitui sempre um fim em si mesmo e nunca um meio para o atingimento de algum outro fim” .

Destarte, sob essas premissas, aliado a ideia de que o homem é racional e dotado de livre arbítrio, surge uma regra ética de respeito pelo outro, na medida em que impõe que às pessoas que compõem a humanidade, ao se relacionar com outra pessoa, não podem reduzi-la à condição de objeto. Moraes (2008, p. 113) esclarece:

Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto,

universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro.

Nesta senda, o tratamento da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 absorve o imperativo categórico kantiano de respeito à dignidade, pois “da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se”. (MORAES, 2008, p. 115)

Para melhor analisar a cláusula geral de tutela da pessoa humana e/ou qualquer noção de violação à dignidade da pessoa humana, é necessária antes uma compreensão do substrato material que compõe essa dignidade. Assim, no afã de desbravar o caminho para uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, importante os ensinamentos da filósofa brasileira Marilena Chaui (1997, *Apud* MORAES, 2008, p. 117), no tocante a composição do substrato da dignidade para Kant:

O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado.

Após se debruçar sobre os seguintes postulados filosóficos sobre a dignidade, MORAES (2009) entende que o substrato material da mesma é composto por quatro princípios jurídicos, alcançados a partir da compressão dos postulados alhures explanados: a igualdade; a liberdade; a solidariedade social; e a proteção da integridade psicofísica da pessoa. Para cada postulado há um princípio que arrima a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual se diz que ela é um superprincípio.

O princípio da igualdade é bastante amplo e implica não somente no direito de não sofrer tratamento discriminatório com base em cor, sexo, orientação sexual, credo, nacionalidade, etnia, idade, doença, classe social etcetera. Implica também no direito à diferença, no sentido de que sejam reconhecidas pelo outro. Além do mais, em que pese a igualdade formal excluir tipos importantes de injustiças, para a completude do princípio da igualdade, deve ser efetivada antes uma igualdade material, substancial entre as pessoas.

Portanto, a violação ao direito à igualdade pode promover o direito à reparação dos danos morais, como bem exemplifica Moraes (2008, p. 121): “a forma de violação por excelência do direito à igualdade ensejadora de danos morais, traduz-se na prática de tratamento discriminatório.”

O princípio da liberdade individual representa uma pretensão legítima a livre vontade e determinação, sem limitação às escolhas nem ao projeto de vida; representa o direito à privacidade, intimidade e ao livre exercício da vida privada. Moraes (2008, p.136) exemplifica de forma abrangente hipóteses de violação ao direito à liberdade:

(...) a revista íntima a que é submetido o empregado, (...) a submissão ao chamado bafômetro, ou ainda a impossibilidade de não receber tratamento médico por motivos religiosos, até a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais, dos chamados dados sensíveis, ou o rigor excessivo no exercício da autoridade parental (...) a restrição à manifestação de pensamento e de crítica, a prisão ilegal (...), o cárcere privado, a violência sexual – dentro ou fora do casamento –, a falsa denúncia.

O direito de liberdade é limitado pelo dever de solidariedade social, solidariedade esta prevista no Texto supremo, no artigo 3º, inciso I, que estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” O princípio da solidariedade social determina a construção de uma existência digna, com justiça, igualdade e liberdade para todos, sem a marginalização de nenhum de seus membros e dotada de força normativa a obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito.”

A solidariedade social não deve ser vista apenas como parâmetro para políticas públicas e produção de leis, mas também para a interpretação e aplicação do Direito. É nesse sentido que o princípio da solidariedade é reconhecido como um princípio geral do ordenamento jurídico e eficaz também para a tutela da pessoa humana, até porque:

[...] a tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípuo e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. (PERLINGIERI, 2009, p. 38)

Moraes (2008, p. 141) exemplifica situações em que se manifestam uma violação à solidariedade:

(...) danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento da pensão alimentícia de filho, do não-reconhecimento voluntário de filho ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento, à falta de visitação, mas também os danos causados aos sócios minoritários ou até excluídos de companhias, algumas espécies de danos sofridos pelos chamados “grandes traumatizados”, como as crianças e os idosos, o descumprimento dos deveres fundados na boa-fé. (...) os danos causados aos consumidores e os danos causados ao meio ambiente.

Por sua vez, o princípio de proteção à integridade psíquica e física da pessoa, que também serve de esteio para o substrato material da dignidade, engloba muitos direitos da perso-

nalidade, como o nome, imagem, vida, privacidade, corpo, identidade pessoa, etcetera; o direito à existência digna (artigo 170 da Constituição), bem como o amplo direito à saúde (artigo 7º da Constituição), já que este se presta a assegurar conforto psíquico e físico à pessoa.

Salienta-se que todos os princípios acima explanados que compõem o substrato material da dignidade da pessoa humana são relativizados, não podendo, em nenhum momento, serem aplicados de forma absoluta. Acrescente-se a isso o fato de que um dano determinado pode representar violação de mais de um princípio. De qualquer forma, “todas as lesões que podem ser reconduzidas a pelo menos um desses quatro princípios são graves o bastante para gerar a reparação por dano moral.” (MORAES, 2008, p. 141).

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, é o centro axiológico de todo o ordenamento jurídico e o esteio dos direitos fundamentais, que “em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas” (SARMENTO, *Op. Cit.* p. 89.). O princípio da dignidade da pessoa humana é responsável por dotar a ordem jurídica de unidade valorativa, haja vista que o seu conteúdo orienta a produção e aplicação do direito vigente, público ou privado, além do que permeia profundamente a Carta Magna.

A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, está presente também em tratados internacionais de direitos humanos, os quais tem aplicabilidade imediata, nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e adentram em nosso ordenamento pátrio com status de norma material e formalmente constitucionais, se ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004. Se ratificados após a referida emenda, têm natureza de normas material e formalmente constitucionais quando for observado o quórum qualificado previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Carta Magna, mas “todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do parágrafo 2º do artigo 5º.” (PIOVESAN, 2006, p. 29.)

A reconstrução dos valores relacionados a pessoa humana engendrou a superação do paradigma individualista do Estado Liberal e dos códigos oitocentistas, que tratavam o indivíduo como uma abstração, uma vez que o constitucionalismo moderno se debruçou na pessoa e nos seus valores existenciais “já que se concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes.” (SARMENTO, *Op. Cit.* p. 93.)

Nesse sentido, surge um dever fundamental de respeito à dignidade que deve nortear os atos das pessoas umas para com as outras, haja vista que qualquer ato deve guardar consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. “Esse dever fundamental

configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem à própria.” (MORAES, 2005, p. 128/129). Desta forma, surge a pretensão legítima de ter a sua dignidade respeitada, como bem elucidada Nery (2002, p. 113):

Esse reconhecimento principiológico se alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica; (...) É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.

O Homem como a razão de ser do Direito e a sua correlata dignidade como o valor máximo da ordem jurídica implicam na primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os valores patrimoniais no Direito Privado, ou seja, na prevalência do *ser* sobre o *ter*. Esta ordem de ideias não representa uma diminuição extremada da importância das relações patrimoniais, que permanecem intrínsecas às relações sociais e de relevância significativa para o direito. Apenas “vai operar-se uma inversão, e o *ser* converter-se-á no elemento mais importante do binômio.” (SARMENTO, *Op. Cit.* p. 91) É nesse viés que se manifesta a despatrimonialização do Direito Privado.

Esta prevalência das situações existenciais alberga relevo para o aspecto existencial que redundará a responsabilidade civil (leia-se dano moral). Em outras palavras, o dano moral passa a ter extrema importância na proteção da faceta extrapatrimonial da pessoa humana, sendo, a cláusula geral, mecanismo de tutela desses valores existenciais e a dignidade da pessoa humana um princípio que se concretiza a partir dessa cláusula.

Para aferir as hipóteses de cabimento do dano moral, o operador do direito deve concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana a partir da cláusula geral de tutela, como forma de uma tutela mais eficaz da pessoa humana, que é o valor máximo do ordenamento jurídico.

Com efeito, a cláusula geral de tutela da pessoa humana engloba todos os postulados kantianos, decompostos por Moraes (2009) nos princípios da igualdade, liberdade, solidariedade social e proteção da integridade psíquica e física, bem como qualquer dos preceitos relativos à dignidade da pessoa humana decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Supremo e/ou dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Assim, a cláusula geral de tutela da pessoa humana compreende o valor máximo do ordenamento.

O núcleo da cláusula geral se encontra na dignidade da pessoa humana, que representa um valor sem limites e pode clamar por proteção e/ou reparação nas mais diversas situações,

devendo ser tutelada em todos os seus desdobramentos. Esta cláusula geral “visa proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo que lhe é próprio, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada.” (MORAES, 2008, p. 145)

Pois bem. Neste ponto cabe uma digressão no tocante a tutela da pessoa humana calcada nos direitos da personalidade, pois é imperioso percorrer esse caminho para alcançarmos a cláusula geral de tutela da pessoa humana, haja vista que esta se diferencia da cláusula geral da personalidade.

Os direitos da personalidade, reconhecidos pelo Código Civil nos seus artigos 11 a 21, bem como pela Constituição Federal de 1988, em diversos direitos fundamentais, representam uma forma de proteção da pessoa humana, cabendo ressaltar que o rol dos artigos supramencionados não é exaustivo, pois não há limites para as manifestações da personalidade humana que devem gozar de proteção legal. Desta forma, os direitos da personalidade protegem bens jurídicos que integram a personalidade humana, bens estes que podem ser referentes a personalidade física (vida, imagem, etc.) e/ou a personalidade moral (intimidade, nome, reputação, etc.).

Neste cenário que surge a cláusula geral da personalidade - que não se confunde com a cláusula geral de tutela da pessoa humana neste trabalho esmiuçada - como um direito subjetivo geral de abstenção, por meio do qual todos os sujeitos devem observar o dever de não ferir bens jurídicos que compõem a personalidade. Daí se falar na “existência de um direito geral de personalidade, de caráter abrangente, abrigando a proteção de todos os bens jurídicos integrantes da personalidade humana, ainda que não indicados expressamente pelo legislador.” (SARMENTO, *Op. Cit.* p. 98.)

Sarmento (*Op. Cit.*) comenta que o Código Civil português prevê em seu artigo 70, nº 1 a “tutela geral da personalidade”, e a Constituição da Alemanha consubstanciou no artigo 2º o direito “ao livre desenvolvimento da personalidade”, e que a partir da interpretação dessa cláusula em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais germânicos têm reconhecido “a existência de um direito geral da personalidade, que teria inclusive o condão de suprir lacunas na proteção dispensada aos bens da personalidade pelo legislador.” (SARMENTO, *Op. Cit.* p. 100)

Em que pese a importância e coerência de um direito geral da personalidade, sedimentado como um direito subjetivo à abstenção de atos que violem bens jurídicos calcados na personalidade humana, e que, a partir da constatação da respectiva violação a um desses bens, possibilita a reparação de todos os danos causados, este tem sido alvo de algumas

ponderações e críticas por parte de respeitáveis autores, como Daniel Sarmento, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes nas obras alhures mencionadas.

As ponderações feitas no tocante ao direito geral da personalidade aduzem que o direito à personalidade como um direito subjetivo é insuficiente para abarcar proteção e tratamento para todos os casos em que for violada a dignidade da pessoa humana. Moraes (2009, p. 118) defende esta posição:

(...) tampouco há que se falar apenas em 'direitos' (subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas.

Para esta autora, a tutela da personalidade humana não é suficiente apenas por meio de direitos subjetivos, haja vista que a personalidade humana pode se exprimir também em termos “de direitos potestativos, de deveres, de ônus, de poderes, faculdades, estados.” (MORAES, 2009, p. 118)

Nesse mesmo sentido, o jurista italiano Perlingieri (2009, p. 155) assevera que deve ser rechaçada a ideia “de quem nega tutela jurídica, na fase patológica, a tais situações porque não qualificadas como 'direitos'.”

Acrescenta-se a isso que a construção dos direitos da personalidade foi pautada na seara do direito de propriedade, como um direito subjetivo relacionado a um dever geral de abstenção imposto a toda coletividade, fortemente marcada, portanto, pelo paradigma dos direitos patrimoniais.

Além do mais, a maior prova de que o direito geral de personalidade, como garantia de direitos subjetivos, não é apto à tutela da pessoa humana na sua completude, se infere a partir da constatação de que uma tutela eficaz da personalidade exige a prática de deveres e não somente observância de abstenções, a exemplo do dever de cuidado dos pais na educação dos filhos e o dever dos planos de saúde cobrirem o tratamento de certas doenças, como bem ensina Sarmento (*Op. Cit.*, p.101):

Portanto, um dever geral de abstenção não é o bastante para a salvaguarda, na ordem privada, dos bens que integram a personalidade humana. De fato, numa sociedade solidária, como a que o constituinte brasileiro quis instaurar, além do dever geral de não violação da personalidade humana, é necessário que também sejam impostas aos atores privados obrigações positivas, ligadas à promoção e realização dos valores da personalidade.

Concatenando o conceito de dano moral como violação ao direito subjetivo à dignidade com o de transgressão à cláusula geral de tutela da pessoa humana, é importante

salientar que ambos caminham na mesma direção, buscando o mesmo horizonte, qual seja, o de tutelar a pessoa humana de forma mais ampla possível. Ambos os conceitos estão calcados no princípio da dignidade da pessoa humana e são mecanismos hermenêuticos para a delimitação das hipóteses de cabimento do dano moral em total harmonia com a Carta Magna.

A partir da constatação de que o “direito geral de personalidade” - relacionado a proteção da pessoa humana a partir da garantia de direitos subjetivos - não é o mais adequado para a salvaguarda mais ampla possível do ser humano nas relações privadas, exsurge a “cláusula geral de tutela da pessoa humana”. Nesta linha, todo e qualquer ato, que comissiva ou omissivamente implique na violação da dignidade “deve ser coibido pela ordem jurídica, através (...) da responsabilidade civil por reparação a danos morais e materiais.” (SARMENTO, *Op. Cit.*, p. 102.)

Portanto, se finca de vez no campo da responsabilidade civil uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, abandonando-se os direitos da personalidade para fins de cabimento do dano moral, em função da necessidade de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que está na seara das normas jurídicas, investido de força e eficácia.

A importância da cláusula geral na aferição das hipóteses de cabimento do dano moral é poder concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que, em função de seus contornos abstratos, pode ser concretizada caso a caso. Assim, a enorme gama de hipóteses de violação à dignidade da pessoa humana exige a formulação de uma cláusula geral como resposta, tendo em vista que:

A necessidade urgente de regular os dilemas criados pelos avanços científicos, com todos os desdobramentos político-ético-sociais que eles suscitam, encontrou um legislador sem o preparo necessário para oferecer respostas claras simples e rápidas – e nem poderia ser diferente. (MORAES, 2008, p. 132)

A cláusula geral propicia a utilização de um conceito de dano moral que tem as hipóteses de cabimento abertas a partir dos princípios que compõem o substrato material e axiológico da dignidade humana, possibilitando a proteção da pessoa humana nas mais diversas situações que se manifestam, no presente momento e as que possam surgir em decorrência da evolução da sociedade. Nesta linha, reforça Perlingieri (2008, p. 765): "nenhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixa de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva".

No tocante a esta abrangência de proteção da pessoa humana na seara do dano moral a partir da cláusula geral de tutela da pessoa humana, com corriqueira clareza comenta Moraes (2008, p. 114):

(...) as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa humana como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana. Os direitos das pessoas estão, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

As situações jurídicas que rogam por tutela da pessoa humana na esfera existencial, que compreende o dano moral, não podem ser ignoradas pela responsabilidade civil sob o argumento de que não se qualificam como direitos, tendo em vista que na seara do ser o objeto da tutela é a pessoa humana e o sujeito *idem*. A pessoa humana constitui sujeito e objeto, diferentemente do que ocorre com os direitos subjetivos, por meio dos quais o objeto é um aspecto patrimonial.

Nessa perspectiva, da pessoa humana tutelada na categoria do ser como sujeito e objeto, a tutela deve representar o respeito e proteção de um valor da pessoa, pois é este valor que é tutelado e norteia o constitucionalismo moderno. Este valor é a base do ordenamento jurídico e não tem limites, nem um número fechado de hipóteses a serem tuteladas, bem como não pode encontrar definições em categorias jurídicas e interesses, haja vista que a personalidade é “não um “direito”, mas um valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela.” (MORAES, 2008 p. 144)

A conceituação do dano moral como violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana possibilita a proteção e reparação de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão à dignidade da pessoa humana, não havendo que se falar em negativa de tutela sob o argumento de ausência de previsão específica e/ou de que nenhum direito subjetivo foi violado, haja vista que há um princípio geral estabelecendo a reparação do dano moral independentemente do dano material.

Assim, a cláusula geral de tutela aqui esboçada é mecanismo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil. A sua incidência e aplicação só pode ser vista sob a ótica do direito civil constitucionalizado, eis que surge da releitura dos conceitos do direito civil à luz da Constituição Federal.

CONCLUSÕES

O conceito de dano moral como violação a cláusula geral de tutela da pessoa humana e/ou como violação ao direito subjetivo à dignidade possui a essência no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e vetor axiológico do constitucionalismo contemporâneo. Assim, esta conceituação de dano moral serve aos fundamentos da Constituição e é instrumento de resistência para a “repatrimonialização” do Direito Privado, tendo em vista que o Neoliberalismo faz com que o Estado e, conseqüentemente, a produção e aplicação das leis, trabalhem em prol do interesse econômico em detrimento das relações existenciais.

Desta forma, é necessário promover incansavelmente a releitura dos conceitos e institutos do Direito Privado, buscando reforçar a ética da solidariedade no lugar da ética da liberdade, a tutela da dignidade da pessoa humana no lugar da tutela do indivíduo.

Nesta toada, embora os direitos da personalidade sejam de vasta importância, o dano moral não pode se limitar a violação de direitos subjetivos, passando a ter relevância a circunstância de haver um princípio geral estabelecendo a reparabilidade do dano moral, independentemente do prejuízo material, mesmo ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica

Também não há que se falar em conceito de dano moral a partir de sentimentos humanos, pois desta forma se confunde o dano com a sua consequência. Além do mais, o papel do Direito não é averiguar se estão presentes sentimentos ruins, como a dor, a humilhação e/ou o constrangimento.

O Direito deve densificar uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, possibilitando que qualquer violação à igualdade, integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade oportunize reparação.

Assim, a cláusula geral de tutela da pessoa humana é um mecanismo de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, um esforço axiológico de preenchimento de um espaço normativo do princípio, com o escopo de fortalecer a eficácia da norma.

Desta forma, a cláusula geral de tutela da pessoa humana, ao não fracionar a personalidade humana em categorias jurídicas e/ou em microssistemas, oportuniza a sua proteção em número ilimitado de situações, pondo a dignidade como um valor fundamental do ordenamento.

Deve-se buscar sanear a insistência da doutrina e jurisprudência brasileira em afirmar que o dano moral deve ser definido como dor, vexame, tristeza e outros sentimentos,

buscando a necessária ponte axiológica entre a Constituição e o Código Civil, a partir da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso: 01/10/2012

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 01/10/2012

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Judith Martins. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, pp. 129-154. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 01/11/2012

CUPIS, Adriano de. *Os direitos de personalidade*. São Paulo: Romana Jurídica, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7. 21º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Melina Gilardi; PANDINI, Umberto. *Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil*. In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*: Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio século XXI. 3º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

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

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Paula Frassinetti. *Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil constitucionalizado*. Artigo publicado na Revista Estado, Direito e Sociedade. Vol. I, 1991. Publicação pelo Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

_____ Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf> Acesso em: 01/11/2012

_____ Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil - Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2002.

NETO, Eugênio Facchini. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PERLINGIERE, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos e igualdade étnico-racial*. In. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (orgs.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: Lumen Juris, 2006.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Luiz Edson; *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTINI, José Raffaelli. *Dano Moral*. Campinas: Millennium, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Ricardo. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5 – 2003-2004.

_____, Gustavo. *O futuro da responsabilidade civil*. Publicado na Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 24, 2004.