

Da necessidade de identificação do dano existencial na responsabilidade civil

Nida Saleh HATOUM*

Maici Barboza dos Santos COLOMBO**

O homem nada mais é do que aquilo que ele faz de si mesmo.

– Jean-Paul SARTRE

RESUMO: Diretamente relacionada com a filosofia existencialista, o dano existencial se manifesta na doutrina e jurisprudência estrangeiras como “dano à vida de relação” ou ao “projeto de vida” e no Brasil está positivado no art. 223-B da CLT. Por não existir menção expressa a essa espécie de dano na legislação civilista, há resistência para reconhecê-lo como dano autônomo. Adotando-se o direito civil constitucional como metodologia científica de análise, pretende-se demonstrar que o dano existencial é autônomo em relação ao dano moral e deve ser reparado para fins do art. 944 do CC. Subsidiariamente, àqueles que refutam essa posição, almeja-se evidenciar que a identificação dos interesses violados é necessária para que a vítima seja devidamente reparada. Os resultados serão alcançados por meio da pesquisa teórico-dogmática, com aportes da experiência estrangeira. O método de pesquisa envolve, ainda, a análise estrutural e funcional dos principais elementos da relação jurídica de responsabilidade civil, com destaque para o bem jurídico protegido e para a norma jurídica de reparação.

PALAVRAS-CHAVE: Dano existencial; relação jurídica de responsabilidade civil; direito civil-constitucional; reparação integral da vítima.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Pessoa, dano e responsabilidade civil; – 2. A construção do conceito de dano existencial na experiência italiana; – 3. O reconhecimento do dano existencial na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; – 4. A tutela da autonomia existencial como fundamento jurídico do dano existencial no ordenamento brasileiro; – 5. Casuística do dano existencial no direito brasileiro; – Conclusão; – Referências bibliográficas.

TITLE: *The Need to Identify Existential Damage in Civil Liability*

ABSTRACT: *Directly related to the existentialist philosophy, the existential damage manifests itself in foreign doctrine and jurisprudence as "damage to the relationship life" or to the "life project" and in Brazil it is positivized in "art. 223-B" of the "CLT". As there is no express mention of this type of damage in civilist legislation, there is resistance to recognize it as autonomous damage. Adopting constitutional civil law as a scientific analysis methodology, it is intended to demonstrate that existential damage is autonomous in relation to moral damage and must be repaired for the purposes of "art. 944 of the CC". In the alternative, for those who refute this position, aim to show that the identification of violated interests is necessary for the victim to be properly repaired. The results will be achieved through theoretical-dogmatic research, with contributions from foreign experience. The research method also involves the structural and functional analysis of the main elements of the civil liability legal relationship, with emphasis on the protected legal asset and the reparation legal standard.*

* Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada. E-mail: nidahatoum@usp.br.

** Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada. E-mail: maicibarboza@usp.br.

KEYWORDS: *Existencial damage; legal relationship of civil liability; constitutional civil law; full compensation of the victim.*

CONTENTS: *Introduction; – 1. Person, damages and civil liability; – 2. The construction of the concept of existential damage in the Italian experience; – 3. The recognition of existential harm in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights; – 4. The protection of existential autonomy as a legal basis for existential damage in the Brazilian legal system; – 5. Casuistry of existential damage in Brazilian law; – Conclusion; – References.*

Introdução

“A existência precede a essência”.¹ Assim a filosofia existencialista sartriana se refere ao ser pessoa. De acordo com esse pensamento, não existiria, então, uma natureza humana estática: “o homem é tão-somente, não apenas como ele se concebe, mas também como ele se quer”.² É na liberdade de agir e naquilo que se decide fazer que a pessoa se realiza como ser humano.

A filosofia existencialista contribui para alcançar a problemática jurídica do dano existencial: em que medida o existir no mundo recebe tutela jurídica?

Inspirado na Constituição Italiana, Stefano Rodotà afirma que o direito deve transcender os aspectos biológicos da existência humana, embora não os exclua.³ Para ele, “a materialidade do existir exige que se tomem em consideração fatores que guardam relação com a pessoa em sua conjunta relação com os outros e com o mundo”.⁴ Por essa razão, a dignidade humana surge como “dignidade social”,⁵ ou seja, “como resultado de uma construção que parte da pessoa, examina e integra relações pessoais e laços sociais, e impõe a consideração do contexto total em que se desenvolve a existência”.⁶

¹ SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Trad. Rita Correia Guedes. Paris: Les Éditions Nagel, 1970. p. 8.

² SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Trad. Rita Correia Guedes. Paris: Les Éditions Nagel, 1970. p. 10.

³ “El artificio del derecho transfiere la existencia a una dimensión distinta a la de su definición en términos de biología o de naturaleza. Lo cual no quiere decir que la repare de sus condiciones naturales” (RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 215).

⁴ RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*, cit., p. 215.

⁵ Constituição da República Italiana, art. 3º: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais” (Constituição da República Italiana. Trad. Paula Queiroz. Senado della Repubblica. Roma: Libreria Multimediale, 2018. Disponível em: <<https://www.senato.it>> Acesso em: 29 nov. 2020).

⁶ “En el contexto italiano, la hostilidad a todo reduccionismo queda explícita en las palabras del art. 3, donde la dignidad aparece de inmediato como ‘dignidad social’, esto es, no como una calidad innata de la persona, sino como resultado de una construcción que parte de la persona, examina e integra relaciones personales y lazos sociales e impone la consideración del contexto total en el que se desarrolla la existencia. El derecho a la existencia impone sobrepasar el grado cero del existir, esto es liberar-se de un reduccionismo biológico que tiene como parámetro la garantía del mínimo vital. Cuando comparece en la dimensión constitucional, el derecho a la existencia nos habla de algo que va más allá de la desnuda vida y que se rellena con contenidos ulteriores” (RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*, cit., p. 216).

No âmbito da responsabilidade civil, o dano existencial se desenvolve na doutrina e na jurisprudência estrangeiras como “dano à vida de relação” ou ao “projeto de vida”. No Brasil, tem sido concebido pela justiça trabalhista como espécie autônoma de dano com fundamento na Lei n. 13.467/2017 que acresceu à Consolidação das Leis do Trabalho o art. 223-B, segundo o qual, “[c]ausa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

Ausente qualquer menção legal expressa a essa espécie de dano no direito civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras resistem em reconhecê-la como dano autônomo, qualificando-o majoritariamente como espécie de dano moral, quando ressarcível.

Diante disso, propõe-se a construção conceitual do dano existencial no direito brasileiro, adotando-se o direito civil constitucional como metodologia científica de análise, de onde se extraem as seguintes premissas: i) a unidade sistemática do ordenamento jurídico⁷ e o centralismo da axiologia constitucional;⁸ ii) a despatrimonialização⁹ do direito privado com a prevalência do ser sobre o ter.¹⁰

Os resultados serão alcançados por meio da pesquisa teórico-dogmática, com aportes pontuais da experiência estrangeira. O método de pesquisa envolve, ainda, a análise estrutural e funcional dos principais elementos da relação jurídica de responsabilidade civil, com destaque para o dano e para a norma jurídica de reparação.

Diante da problemática do dano existencial, identificam-se três possíveis posições: (i) a não reparabilidade; (ii) a reparabilidade como dano autônomo; (iii) a reparabilidade

⁷ “O parâmetro sistemático exige que o ordenamento seja interpretado na sua unidade; enquanto o parâmetro axiológico implica que os valores constitucionais, comunitários, internacionais avivem e tornem atuais normas individuais ou complexos de normas que devem ser sempre lidas e interpretadas, ainda que aparentemente claras” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 596-597).

⁸ “A norma, clara ou não, deve ser conforme aos princípios e aos valores do ordenamento e deve resultar de um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme às escolhas de fundo do ordenamento” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 597).

⁹ “Com o termo, certamente não elegante, de ‘despatrimonialização’ individualiza-se uma tendência normativo-cultural: evidencia-se que no ordenamento fez-se uma opção, que lentamente vai se concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso, não se projeta a expulsão ou a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial do sistema jurídico e civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado. A divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e a disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não para ‘humilhar’ a inspiração econômica, mas pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 121).

¹⁰ “A ordem social pode ser analisada sob dois perfis: o ‘ter’, que pertence à estrutura econômica e produtiva, ao aspecto patrimonial e mercantil da organização social; o ‘ser’, que resguarda o aspecto existencial da pessoa com os seus direitos e deveres” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, cit., 2008, p. 177).

como espécie de dano moral. Pretende-se comprovar que o projeto de vida e a vida de relação que compõem o dano existencial são interesses juridicamente tutelados¹¹ enquanto manifestações da liberdade existencial, inerente à dignidade humana e desse modo, se violados por ato injusto de terceiro, configuram danos reparáveis. Pretende-se apresentar argumentos teórico-dogmáticos que sustentam a autonomia do dano existencial, mas, subsidiariamente, àqueles que refutam essa posição, almeja-se evidenciar que a identificação dos interesses violados é imprescindível para que a vítima seja devidamente reparada, nos termos do art. 944 do Código Civil, ainda que sob a rubrica do dano moral.

1. Pessoa, dano e responsabilidade civil

A responsabilidade civil é a fonte da obrigação especial de reparar o dano perpetrado à vítima de evento lesivo. Da repersonalização do direito privado, emerge a centralidade do dano na relação jurídica reparatória, pois é a sua identificação e extensão que permitirá neutralizar, ou ao menos, compensar a vítima pelos prejuízos injustamente experimentados.

São elementos da relação jurídica de responsabilidade civil: “(i) bem juridicamente tutelado do indivíduo, (ii) ação-omissão do ofensor, (iii) evento danoso, (iv) norma jurídica de reparação”.¹² A investigação acerca da autonomia de determinada espécie de dano passa necessariamente pela identificação dos elementos dessa relação jurídica de reparação: se idênticos, não podem ser cumulados, pois se trataria da mesma relação jurídica, mas, por outro lado, se qualquer deles for distinto, tem-se a formação de relações jurídicas diversas e, conseqüentemente, a autonomia dos respectivos danos.

Entre os danos à pessoa reconhecidos no ordenamento brasileiro, o dano moral é configurado a partir da ofensa à integridade moral da pessoa, cuja norma de reparação encontra fundamento no art. 5º, V e X da Constituição Federal. Outro dano à pessoa

¹¹ Adota-se como conceito de dano a violação a interesse juridicamente protegido, em contraposição à teoria que o concebe como violação a direito subjetivo. Essa orientação é assim explicada por Maria Celina Bodin de Moraes: “É necessário, contudo, recordar as críticas à concepção de dano ressarcível como violação a um direito subjetivo, vinculado, pois, à noção de antijuridicidade. Tal visão foi superada pela teoria do interesse, que concebe o dano ressarcível como a lesão a interesse juridicamente protegido. Além disso, não é possível ater-se ao modelo de direito subjetivo para tutelar os interesses existenciais relativos à pessoa humana: qualquer situação jurídica subjetiva pode ser idônea a proteger os aspectos extrapatrimoniais da personalidade” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. 1. reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 332).

¹² MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 166.

reconhecidamente autônomo na jurisprudência¹³ e na doutrina¹⁴ majoritárias é o dano estético. Nesse caso, o bem jurídico ofendido é a integridade física, prevista como direito fundamental na forma do direito à saúde segundo os arts. 6º e 196 da Constituição Federal. Evidencia-se, portanto, que o evento lesivo, ainda que único, pode resultar diferentes relações jurídicas: aquela que visa a reparar o dano estético e a outra cujo objetivo é a compensação dos danos morais. Daí a possibilidade de cumulação de indenizações na seara dos danos à pessoa.

Corroborando esse posicionamento, Ruy Rosado de Aguiar Dias, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça afirmou no julgamento do REsp n. 65.393/RJ, ocorrido em 1995, que “[n]o âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no conceito de dano moral, estão a [...] perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais [...]”. Apesar de referir todas essas perdas como indenizáveis, o julgador considerou apenas o dano estético como autônomo ao dano moral, pois pode aquele existir sem esse, “o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano [o dano estético] como algo distinto daquele dano moral [...]”.¹⁵

A constatação intuitiva do voto do Ministro explica-se pela já mencionada autonomia das relações jurídicas formadas a partir do evento lesivo. De fato, o dano moral pode existir sem o dano estético e vice-versa e ambas as pretensões são cumuláveis. Com relação ao dano ao projeto de vida e à vida de relação, o julgador considerou, contudo, que se tratava de hipótese de dano moral. Essa posição está colocada em xeque na presente investigação. Será que o dano ao projeto de vida e à vida de relação estão necessariamente vinculados ao dano moral?

De forma científica, o caminho a ser percorrido para a resposta a essa indagação demanda identificar se há um interesse juridicamente tutelado autônomo nos casos de dano existencial e se existe norma de reparação incidente sobre o evento lesivo, de modo que seja formada uma relação jurídica de reparação específica. Para isso, o primeiro passo é a compreensão sobre a origem e o conceito do dano existencial.

2. A construção do conceito de dano existencial na experiência italiana

Atribui-se à doutrina e à jurisprudência italianas a construção mais significativa e sistematizada do conceito de dano existencial como dano autônomo. Desenvolvido pela

¹³ STJ, Súmula 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

¹⁴ Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 e MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*, cit.

¹⁵ STJ, 4ª T., REsp 65.393/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Dias, j. 30.10.1995.

escola triestina de Patricia Ziviz e Paolo Cendon, o dano existencial surge como forma de contornar a limitação imposta pelo art. 2.059 do Código Civil italiano, segundo o qual os danos extrapatrimoniais somente poderiam ser ressarcidos nos casos previstos em lei.¹⁶ O Código Penal complementava o conteúdo normativo: apenas quando o evento lesivo configurasse ilícito penal a reparação desses danos estaria autorizada.¹⁷ Essa restrição se explicava pelo suposto caráter sancionatório da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que a restituição da vítima ao estado anterior à lesão seria impossível.¹⁸

Em um contexto sociojurídico marcado pelo fortalecimento dos direitos humanos e com a crescente consolidação da doutrina do direito civil constitucional, a limitação à reparabilidade do dano não patrimonial foi então superada pela jurisprudência italiana, que paulatinamente reconheceu fundamentos constitucionais para ampliar a proteção à pessoa.¹⁹ Assim, o julgamento do caso Santarelli pela Corte de Cassação Italiana em 1986 (sentença 184/1986) consagrou a reparabilidade do dano biológico com fundamento no direito à saúde contemplado pelo art. 32 da Constituição Italiana²⁰ independentemente do dano moral. A importância dessa decisão reside na ruptura do modelo de reparação dos danos extrapatrimoniais baseado somente nos dispositivos da lei infraconstitucional, ficando estabelecido que “a Constituição vigente, sobretudo garantindo os valores pessoais, revela que o art. 2043 do Código Civil Italiano deve ser colocada antes de tudo em correlação com os artigos da Carta fundamental”.²¹ Mais adiante explicita, ainda, que “[o] art. 2.043 do Código Civil Italiano, relacionado ao art. 32 da Constituição, deve

¹⁶ Codice Civile It., art. 2.059. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. Tradução livre: O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados pela lei.

¹⁷ Codice Penale It., art. 185. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale [2059], obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui [2043-2054]. Tradução livre: Todo crime que tenha causado dano material ou não patrimonial [2059] obriga o culpado e as pessoas que, segundo as leis civis, sejam responsáveis por sua causa, a pagar uma indenização [2043-2054].

¹⁸ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El daño a la persona *¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?*. Revista de Derecho Privado e Comunitario. Daños a la persona. Jan./1998, p. 69-100, ISBN 978-950-727-036-9, p.84-85.

¹⁹ “Il nucleo fondamentale del mutamento viene individuato nell'applicazione - da parte dei giudici - di quell'idea che, con largo anticipo rispetto alle dinamiche sociali, appare formulata in seno alla Costituzione: ove la salvaguardia dei valori facenti capo all'individuo viene finalizzata - come emerge dal dettato dell'art. 2 e dall'art. 3, 2º co., Cost. - a raggiungere l'obiettivo prioritario rappresentato dalla garanzia dello svolgimento della personalità e del pieno sviluppo per ciascun individuo. Nel calare quest'ottica sul terreno aquiliano, la giurisprudenza ha inquadrato la responsabilità civile quale mezzo indispensabile per tutelare lo sviluppo della persona, laddove quest'ultimo sia stato compromesso dall'illecito comportamento altrui”. Tradução livre: O núcleo fundamental da mudança é identificado na aplicação – por parte dos juízes – da ideia que, bem à frente da dinâmica social, aparece formulada na Constituição: onde se concretiza a salvaguarda dos valores próprios do indivíduo - conforme decorre do disposto no art. 2 e art. 3, 2º co., Constituição - atingir o objetivo prioritário representado pela garantia do desenvolvimento da personalidade e pleno desenvolvimento de cada indivíduo. Ao trazer esta perspectiva ao terreno aquiliano, a jurisprudência enquadrrou a responsabilidade civil como um meio indispensável para proteger o desenvolvimento da pessoa, onde este último foi comprometido pelo comportamento ilícito de terceiros (ZIVIZ, Patrizia. *I danni non patrimoniale*. Milano: Wolters Kluwer, 2012, p. 68).

²⁰ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El daño a la persona *¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?* Cit., p. 85.

²¹ ZIVIZ, Patrizia. *I danni non patrimoniali*, cit., p. 68.

necessariamente ser ampliado para incluir a indenização não apenas pelo dano material em sentido estrito, mas por todos os danos que, pelo menos potencialmente, dificultem as atividades da pessoa humana”.²²

Diante disso, observa-se que a construção dogmática e jurisprudencial no direito italiano guarda a peculiaridade de emergir de um sistema reparatório que não reconhecia a reparabilidade do dano não patrimonial nos casos de ilícitos meramente civis. A metodologia civil constitucional se incumbiu, então, de resgatar os preceitos constitucionais para ampliar o sentido de reparação e permitir a compensação dessa categoria de dano mesmo quando não ocasionados por ilícitos penais, como uma forma de enrijecer a proteção à pessoa humana.

Isso explica a amplificação de distintas categorias de danos autônomos pela via jurisprudencial e doutrinária na Itália. Nesse movimento, os danos ao projeto de vida e à vida de relação, inicialmente associados ao dano biológico, se desprendem de seu pioneiro veículo para serem reconhecidos como danos autônomos, uma vez que não decorrem necessariamente de eventos lesivos à saúde da vítima. O mote dessa distinção é dado por Patrizia Ziviz ao comentar decisão judicial proferida em 1974 pela Corte de Cassação, em que uma mulher, vítima de erro médico, ficou impossibilitada de manter relações sexuais com seu marido.²³ O direito do esposo à reparação pelos prejuízos a sua vida familiar foi reconhecido, no entanto, a categorização do dano não foi claudicante.²⁴

No conceito formulado pela doutrina italiana, o dano existencial resulta, portanto, de uma lesão às atividades realizadoras não produtoras de riqueza, ou seja, ligadas à dimensão existencial do indivíduo.²⁵ Não se trata de reparar o efeito psicológico do evento lesivo (dor, sofrimento, abalo), mas de tutelar a forma como a pessoa desenvolve sua personalidade (projeto de vida) e se relaciona em sociedade (dano à vida de relação).

Abandona-se, nessa fase, o modelo tripartite de reparação que se assentava sobre (i) o dano moral, baseado no art. 2.059, CC It.; o dano patrimonial, fundado no art. 2.043, CC It., e o dano biológico, resultado da interpretação constitucionalizada do art. 2.043, CC It. com o art. 32 da Constituição. Assume em seu lugar um modelo poliédrico: o dano patrimonial, o dano extrapatrimonial, o dano biológico, o dano subjetivo moral e o dano

²² ZIVIZ, Patrizia. *I danni non patrimoniali*, cit., p. 68.

²³ GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana. Trad. Fabiano Coulon. *Redes*, v. 6, n. 1, p. 47-58, maio 2018, p. 48.

²⁴ GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana, cit., p. 52.

²⁵ GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana, cit., p. 49.

existencial, todos autônomos.²⁶ Atribui-se essa construção à decisão proferida pela Corte de Cassação Italiana ao julgar as Sentenças 8827 e 8828 de 2003.

Há quem afirme que o sistema reparatório brasileiro prescinde de construção similar, uma vez que a responsabilidade civil é deflagrada independentemente da origem do ato lesivo.²⁷ Apesar do evidente acerto dessa posição no que tange à identificação das regras do sistema reparatório brasileiro, a utilidade ou a necessidade da categoria do dano existencial pode justificar-se em outra contingência: a imprescindibilidade da reparação integral da vítima de evento lesivo. Nesse aspecto, o dano existencial se descola de sua origem conceitual formulada pela doutrina estrangeira para assumir a função instrumental de proteger interesses e valores juridicamente relevantes no ordenamento jurídico brasileiro.²⁸

3. O reconhecimento do dano existencial na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

María Elena Loayza Tamayo, mulher, peruana, à época casada e com filhos, professora universitária, foi alvo de prisão política pelo regime de Alberto Fujimori, presidente do Peru conhecido por suas medidas antidemocráticas. A vítima não apenas foi injustamente privada de sua liberdade, como também foi submetida a toda sorte de torturas e tratamentos degradantes, como estupro, privação do contato com a família, negação à assistência jurídica. Esses fatos implicaram a denúncia do Peru à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o que resultou em sentença procedente em favor da vítima.

Entre os danos sofridos pela Sra. Loayza estão a perda de seu trabalho e a necessidade de refugiar-se no Chile, onde passou a viver, do que decorreriam os danos ao seu projeto de vida.

Na decisão proferida pela CIDH, definiu-se que o “projeto de vida” associa-se ao conceito de realização pessoal, que, por sua vez, se sustenta nas opções que o sujeito pode tomar para conduzir sua vida e alcançar o destino a que se propõe, interesses que, violados, acarretam a “redução objetiva da liberdade”.²⁹ Os danos ao projeto de vida ocorrem por

²⁶ GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana, cit., p. 52.

²⁷ MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*, cit., p. 160.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 91.

²⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Loayza Tamayo v. Peru*, p. 39. Disponível em: <www.corteidh.or.cr> Acesso em 07 dez. 2020.

fatos que são impostos de forma injusta e arbitrária à vida e que mudam drasticamente o curso de sua vida.

Diante disso, a CIDH, de forma inédita, reconheceu a responsabilidade do Peru pelo grave dano ao projeto de vida derivado da violação dos direitos humanos da Sra. Lomayza. Apesar de constar na sentença de reparação um capítulo próprio dedicado à fundamentação do dano ao projeto de vida, à parte do dano moral cumulativamente sofrido, a Corte não fixou uma indenização específica a esse título. Diante disso, o juiz Carlos Vicente de Roux Rengifo manifestou voto parcialmente dissidente porque, segundo ele, a indenização deveria contemplar uma quantia especificamente destinada à reparação dos danos ao projeto de vida. Ao fundamentar seu voto, o juiz afirmou que não se trata de reparar a vítima pelos prejuízos morais que sofreu, o que se faz a título de dano moral, mas sim de compensá-la pelas modificações no entorno objetivo da vítima, o que se prolonga por muito mais tempo do que o momento do evento lesivo.

Em sentido semelhante, os juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli manifestaram arrazoado conjunto reforçando a necessidade de reparação pelos danos ao projeto de vida da vítima. Fundamentando-se na Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1948, defenderam que as necessidades e aspirações dos seres humanos transcendem a projeção meramente econômica e que se deve partir de uma perspectiva integral e não apenas patrimonial das potencialidades e capacidades da vítima. Em emblemático excerto, afirma-se que o projeto de vida se encontra indissolivelmente vinculado à liberdade, como direito de cada pessoa de escolher o seu próprio destino³⁰ e concluem no sentido de se tratar de um dano dotado de autonomia própria, que afeta o sentido espiritual da vida.

O dano ao projeto de vida foi retomado na fundamentação de outros casos julgados pela CIDH: *niños de la calle* (Villagrán Morales) vs. Guatemala, *Complexo do Tatuapé* (Febem) vs. Brasil, e no caso *I.V vs. Colômbia*, mas em nenhum deles houve a condenação em pagamento de indenização específica a título de danos ao projeto de vida.

4. A tutela da autonomia existencial como fundamento jurídico do dano existencial no ordenamento brasileiro

Para Stéfano Rodotà, a autodeterminação na vida e no corpo representa o ponto mais alto e forte da liberdade existencial, o núcleo normativo da subjetividade racionalizada

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo v. Peru*, cit., p. 04.

moderna.³¹ Como expressão da dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes explica que “a [l]iberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier”.³²

A relação entre liberdade e dignidade humana é de tal forma intensa que Ana Carolina Brochado Teixeira afirma: “não obstante a dignidade seja conformada por vários valores, seu principal pilar é a liberdade”.³³ Essa afirmação se torna ainda mais significativa ao se constatar que a ordem jurídica contemporânea não se satisfaz com a noção de sujeito de direitos abstrato, mas, ao contrário, impõe a tutela da pessoa em sua concretude, o que permite realçar a materialidade das relações nas quais cada indivíduo se instala e das relações sociais que o caracterizam.³⁴ O dado econômico, embora ainda relevante, deixa de servir de medida da pessoa e de sua existência.³⁵

A liberdade manifestada na seara das relações patrimoniais foi abrigada por longo tempo na forma da autonomia da vontade, permeada pelos valores liberais-individualistas da Revolução Francesa que tanto influenciaram o direito privado brasileiro. As mitigações sobre a liberdade negocial deram forma ao conceito de autonomia privada, mais consentâneo com os limites impostos pelo princípio da solidariedade social, substituindo a noção egocêntrica de autonomia da vontade. Não se trata, portanto, de uma mera mudança de nomenclatura, mas de uma ressignificação do conteúdo da liberdade aplicável no âmbito patrimonial.

Se, por um lado, o ordenamento jurídico já oferecia bases convincentes para a tutela do direito de escolha nas relações negociais, o desenvolvimento de um conceito de

³¹ “La autodeterminación en vida y en el cuerpo representa el punto más álgido y fuerte de la libertad existencial; es como su libertad jurídica. Hablo de libertad ‘jurídica’ porque, en los últimos años, es aquí, en torno al alcance y a la legitimidad de la regla jurídica, donde se ha centrado el debate. Se trata, por una parte, de delimitar el perímetro de la vida, esto es, del área que debe ser ‘gobernada’. Y de establecer cuáles son los poderes legitimados para intervenir en esta área a partir de la constatación de que las condiciones ‘naturales’ de la libertad se han modificado. Sobre este fondo, se enmarca la cuestión general de eso que puede definirse como ‘el núcleo normativo de la subjetividad racionalizada moderna (autonomía, autodeterminación, participación)’, relegado por la posmodernidad, pero al que las nuevas dimensiones del vivir y las correspondientes dinámicas de la subjetividad han otorgado nueva legitimación” (RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*, cit., p. 231). Tradução livre: “A autodeterminação na vida e no corpo representa o ponto mais alto e forte da liberdade existencial; é como sua liberdade jurídica. Falo de liberdade “jurídica” porque, nos últimos anos, é aqui, em torno do âmbito e da legitimidade da norma jurídica, que o debate se centrou. Por um lado, trata-se de delimitar o perímetro da vida, ou seja, a área que deve ser ‘governada’. E estabelecer quais são os poderes legítimos de intervenção neste domínio com base na verificação de que as condições ‘naturais’ de liberdade foram alteradas. Neste contexto, a questão geral do que pode ser definido como ‘o núcleo normativo da subjetividade racionalizada moderna (autonomia, autodeterminação, participação)’ é enquadrada, relegada pela pós-modernidade, mas para a qual as novas dimensões de vida e correspondentes dinâmicas de subjetividade deram nova legitimação”.

³² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 107.

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil* - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018, p. 79.

³⁴ RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*, cit., p. 145.

³⁵ RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*, cit., p. 146.

autonomia aplicável às situações jurídicas subjetivas existenciais é mais recente e remonta ao fenômeno da despatrimonialização do direito privado. O caminho dessa construção exige reconhecer que o tratamento jurídico das situações existenciais deve ser qualitativamente diverso daquele relativo às patrimoniais. O perfil funcional da autonomia existencial indica, assim, que as interferências heterônomas no campo do desenvolvimento da própria personalidade são mais suscetíveis de violações à dignidade humana e, portanto, devem ser excepcionais.³⁶

No campo da responsabilidade civil, pode-se compreender a autonomia existencial como interesse juridicamente relevante, decorrente da tutela à dignidade humana na sua expressão jurídica da liberdade. Identifica-se, assim, o interesse jurídico tutelado na responsabilidade por dano existencial: trata-se de lesão à autonomia existencial da vítima.

Poder-se-ia questionar se qualquer atividade humana que seja impossibilitada após o evento lesivo ensejaria responsabilidade civil por dano existencial. As dúvidas são suscitadas justamente porque a violação da autonomia existencial implica um “não poder fazer”, comprometendo as atividades não econômicas da pessoa. Aliás, reforça-se o caráter não patrimonial dessas atividades uma vez que aquilo que a pessoa deixa de ganhar economicamente já é tutelável por meio dos danos materiais, na modalidade de lucros cessantes.

Como então distinguir o “não mais poder fazer” indenizável daquele que não gera repercussão para efeitos de responsabilidade civil? Como evitar uma “*overcompensation*”? Reconhece-se que as dificuldades do dano existencial estão associadas à subjetividade da liberdade existencial: como saber quais são os planos de uma pessoa para conduzir a própria vida?

Segundo Carlos Sessarego, a resposta a essa indagação exige a distinção entre o que são os “projetos de vida” e o que é o “projeto de vida” da pessoa. A utilização do singular indica que o projeto de vida compõe o núcleo identitário do indivíduo, trata-se da forma de se conduzir que forma a essência da identidade pessoal. Enquanto, no plural, os projetos de vida se referem às atividades secundárias, imediatas, instrumentárias da

³⁶ Nesse sentido, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro desenvolveu a teoria tríplice da autonomia existencial “que, através de uma classificação que divide os atos de autonomia em três categorias distintas a depender dos efeitos produzidos e das esferas jurídicas afetadas, permite ao intérprete do direito verificar a necessidade e a legitimidade de intervenções restritivas feitas pela lei ou aplicadas pelo julgador sobre o exercício da autonomia no caso concreto” (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 62).

consecução do projeto maior. Apesar da subjetividade íntima dos projetos pessoais, a liberdade individual se manifesta também de modo fenomênico.³⁷

Desse modo, o dano existencial reparável consiste na lesão ao “projeto” de vida, e não aos “projetos” de vida. Em sentido semelhante alertou o juiz Carlos Vicente de Roux Rengifo no julgamento do caso *Loayza v. Peru*, ao consignar que nem todas as modificações das condições de existência merecem ser indenizadas, mas apenas aquelas que ocasionam mudanças de grande importância, que perturbem profundamente o marco afetivo e espiritual em que se desenvolve a vida da família ou obste a evolução profissional da vítima. Em sua compreensão, devem evitar-se certos extremos, alimentando uma “tragédia eterna”.³⁸

5. Casuística do dano existencial no direito brasileiro

Na doutrina brasileira há quem consagre a autonomia do dano existencial em relação ao dano moral³⁹ e há quem entenda o primeiro se trata, em verdade, de espécie do segundo.⁴⁰

³⁷ “En su vertiente objetiva, la libertad ontológica – en que consiste el ser humano – se plasma en el ‘proyecto de vida’ así también, tal como se ha anotado, en todos los demás otros proyectos que posibilitan ‘hacer su vida’. Al lado, pero en función del ‘proyecto’, en singular, - que no es otro que el ‘proyecto de vida’ – se generan, se cumplen o incumplen, ‘los proyectos’, en plural. Es decir, se trata de los demás proyectos que el ser humano elige y trata de realizar en su tiempo existencial. El ser humano, en cuanto libre, es un ser proyectivo. El ser humano vive proyectándose, coexistencialmente, en el tiempo” (SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica de Perú. *Revista de la Facultad de Derecho*. n. 56, 2003, p. 659-700. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em 30 nov. 2020. p. 667). Tradução livre: “Em sua vertente objetiva, a liberdade ontológica - em que o ser humano consiste - se reflete também no ‘projeto de vida’, como se observou, em todos os demais projetos que possibilitam ‘fazer sua vida’. Ao lado, mas dependendo do ‘projeto’, no singular - que nada mais é do que o ‘projeto de vida’ - ‘projetos’ são gerados, realizados ou não realizados, no plural. Ou seja, trata-se dos demais projetos que o ser humano escolhe e tenta realizar em seu tempo existencial. O ser humano, como livre, é um ser projetivo. O ser humano vive projetando-se, coexistencialmente, no tempo”.

³⁸ RENGIFO, Carlos Vicente de Roux. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo v. Peru*, voto parcialmente dissidente. cit, p. 50.

³⁹ Nesse sentido: “[...] A dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) se concretiza com o respeito dos direitos fundamentais, ou seja, da sua proteção em face do Estado, e dos direitos da personalidade, tutelados em suas relações particulares. Deve haver, portanto, proteção jurídica, suscetível de reparação, contra quaisquer abusos praticados pelo homem e pelo Estado, contra o patrimônio, o bem-estar da pessoa ou a sua existência. Todos têm direito à existência digna, de buscar paz de espírito e lazer, logo, o dano existencial deve ser reparado” (DINIZ, Maria Helena. Proteção jurídica da existencialidade. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 8, n. 2, p. 181-191, ago. 2020, p. 189); “No Brasil, o nosso dano moral, tanto subjetiva quanto objetivamente considerado, pode ser invocado sempre que houver lesão que envolva a pessoa. Em princípio está resolvido. Todavia, pensamos que, no caso de determinadas e graves ofensas à pessoa, o dano existencial configura melhor a proteção à dignidade do ser humano individual e socialmente” (LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*, v. 57/2014, p. 287-302, jan.-mar. 2014); e “Apesar das dificuldades encontradas na identificação do dano existencial, não se pode negar que seu reconhecimento constitui um avanço para a proteção da personalidade humana, sendo mais um aspecto a ser considerado na compreensão da reparação integral do dano à pessoa” (ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. O dano existencial sob a perspectiva da reparação integral: destaques doutrinários e jurisprudenciais. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ed. 89, p. 35-56, mar./abr. 2019, p. 21).

⁴⁰ Cf. nota de rodapé n. 30.

A jurisprudência caminha no mesmo sentido, ou seja, há julgados que consideram o dano existencial como espécie de dano moral, a exemplo do já mencionado acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp n. 65.393/RJ, em 1995, de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar,⁴¹⁻⁴² e há julgados que reconhecem o dano existencial como relação jurídica autônoma, como o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais quando do julgamento da Apelação Cível n. 1.0480.14.018352-0/001, em 2020, quando se entendeu que “[...] a dor e o sofrimento da alma não se confundem com o conceito de dano existencial. Este – o dano existencial – exige a demonstração efetiva da alteração drástica do planejamento do futuro da vítima, proveniente de transtorno e perturbação que alterem a sua vida cotidiana”.⁴³

Considerar o dano existencial de forma autônoma, e não como espécie do gênero dano moral, significa compreender, como visto, que determinados elementos da relação jurídica de responsabilidade civil (bem juridicamente tutelado, ação ou omissão do ofensor, evento danoso, norma jurídica de reparação e nexos causal⁴⁴) não são os mesmos entre essas duas modalidades. Em outras palavras, significa admitir que ainda que a ação ou omissão do ofensor, o evento danoso e o nexo de causalidade sejam os mesmos, existe diferença substancial no bem juridicamente tutelado e na norma jurídica de reparação, o que autoriza a conclusão de que se trata de relações jurídicas de reparação distintas e autônomas:

Quadro de comparação dos elementos das relações jurídicas de reparação do dano moral, do dano estético e do dano existencial⁴⁵

Relação jurídica de reparação civil	Bem jurídico protegido	Norma jurídica de reparação
Dano moral	Integridade moral	Art. 5º, V e X, da CF
Dano estético	Integridade física	Arts. 6º e 196 da CF
Dano existencial	Liberdade e autonomia existencial	Art. 5º, <i>caput</i> , da CF e outros

⁴¹ STJ, 4ª T., REsp 65.393/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30.10.1995.

⁴² No mesmo sentido: TJPR, 8ª Câmara Cível, Ap. Cív. 1.600.232-5, Rel. Des. Luis Sérgio Swiech, j. 18.12.2017; TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 1001876-27.2016.8.26.0126, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 21.08.2017; TJSP, 12ª Câmara de Direito Público, Ap. Cív. 1003969-93.2015.8.26.0482, Rel. Des. José Roberto de Souza Meirelles, j. 19.09.2018.

⁴³ TJMG, 19ª Câmara Cível, Ap. Cív. 1.0480.14.018352-0/001, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, j. 30.04.2020.

⁴⁴ MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*, cit., p. 24-25.

⁴⁵ Este quadro foi adaptado a partir da tabela apresentada por Eneas de Oliveira Matos para diferenciar os elementos das relações jurídicas de reparação de dano moral e de dano estético, o que justifica a autonomia entre essas duas espécies de dano extrapatrimonial (MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*, cit., p. 170). A intenção, no quadro elaborado nessa pesquisa, assim, é utilizar o mesmo racional para demonstrar que é plenamente possível considerar o dano existencial como dano autônomo em relação ao dano moral e ao dano estético, tendo em vista que o bem jurídico protegido é distinto (liberdade e autonomia existencial), assim como a norma jurídica de reparação.

Há três casos bastante paradigmáticos no Brasil, relativamente recentes, que guardam estreita relação com o objeto do presente estudo e auxiliam no exame da norma jurídica de reparação⁴⁶ do dano existencial.

O primeiro deles é o conhecido caso das “pílulas de farinha”. Em 1998 o Laboratório Schering do Brasil, fabricante do anticoncepcional Microvlar, comercializou e disponibilizou no mercado mais de 600 mil “pílulas-teste”, produzidas para testagem de maquinário de embalagem, e por esse motivo muitas consumidoras engravidaram.⁴⁷ No mesmo ano de 1998 foi movida Ação Civil Pública, cuja sentença julgou procedente o pedido para fixar danos morais coletivos em R\$ 1 milhão e foi mantida, posteriormente, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça. Na ocasião da prolação do acórdão, a relatora Min. Nancy Andrighi fez constar em seu voto que “[a] mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior”.⁴⁸⁻⁴⁹

O segundo é o caso de Roger Adbelmassih envolvendo as fecundações heterólogas não consentidas.⁵⁰ O médico foi condenado a 173 anos de reclusão por estupro e, além da violência sexual praticada em mais de 50 mulheres, se apurou que houve também comercialização de fecundação heteróloga, ou seja, com material genético que não pertencia aos pais biológicos. Assim como o caso das “pílulas de farinha”, há aqui dano ao planejamento familiar, sobretudo se se considerar o conteúdo do art. 227, § 7º, da Constituição Federal, que estabelece que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, e também do art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.263/1996, que prevê que “[...] entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que

⁴⁶ Sobre a norma jurídica de reparação, tem-se que trata-se de elemento da relação jurídica de responsabilidade civil: “[...] todo direito à reparação tem origem numa relação jurídica especial – relação jurídica de responsabilidade civil, onde se tem, em regra, como elementos (i) bem juridicamente tutelado ofendido, (ii) ação-omissão do ofensor, (iii) evento danoso, (iv) norma jurídica de reparação, que enseja o dever de reparar o dano causado conforme o bem juridicamente tutelado, e (v) nexo causal entre esses elementos” (MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*, cit., p. 24).

⁴⁷ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-16/schering_indenizar_vender_pilula_farinha>. Acesso em 05.12.2020.

⁴⁸ STJ, 3ª T., REsp 866.636/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2007.

⁴⁹ A despeito do referido julgamento, em 2009 o STJ entendeu, ao julgar do REsp n. 883.612/ES, que não havia nexo de causalidade apto a ensejar a responsabilidade civil do Laboratório. Constatou da ementa que “[...] não há como se deferir qualquer pretensão indenizatória sem a comprovação, ao curso da instrução nas instâncias ordinárias do nexo de causalidade entre a aquisição e a possível utilização do placebo em data compatível e posterior à remessa da fase experimental para destruição. [...] Rompido o nexo de causalidade da obrigação de indenizar, não há falar-se em direito à percepção de indenização por danos morais e materiais” (STJ, 4ª T., REsp 883.612/ES, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. convocado do TJAP), j. 08.09.2009).

⁵⁰ Disponível em: <<https://g1.globo.com/tudo-sobre/roger-abdelmassih>>. Acesso em 05.12.2020.

garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

O terceiro e último é o caso de Pedro Rosalino Braule Pinto, o “Pedrinho”, que foi sequestrado em Brasília no ano de 1986 com apenas algumas horas de vida e foi localizado em Goiânia 16 anos depois. A mulher que o sequestrou e o criou como se seu filho fosse, Vilma Martins Costa, foi presa em 2003 e obteve liberdade condicional em agosto de 2008.⁵¹ Para além do dano ao planejamento familiar, a exemplo dos dois casos mencionados acima, o “caso Pedrinho” revela violação também ao art. 227, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe que é “[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] à convivência familiar e comunitária [...]” e também ao art. 19, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê que é “[...] direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta [...]”.

O que os três casos têm em comum, ao que parece, é que o bem jurídico violado pelos agentes (o laboratório, o médico e a sequestradora) não foi somente a integridade moral das vítimas, o que implicaria na reparação do dano moral, mas sim a sua liberdade e a sua autonomia existencial, tutelada também pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. E isso porque, ainda que se entenda que as vítimas não experimentaram sofrimento, angústia e dor – na hipótese, por exemplo, de a mulher que engravidou mesmo fazendo o uso do anticoncepcional Microvlar ficar satisfeita com o resultado gravidez – é inegável que houve clara frustração ao seu projeto de vida e à sua capacidade de escolha a respeito do próprio futuro, sobretudo no âmbito do direito ao planejamento familiar.

Esse raciocínio responde ao questionamento lançado na seção 1, no sentido de que, portanto, o dano ao projeto de vida e à vida de relação *não* estão necessariamente vinculados ao dano moral, ou seja, é plenamente possível haver dano existencial sem que subsista dano moral, considerando que cuidam-se de relações jurídicas autônomas, isto é, ainda que oriundas de um mesmo ato lesivo, existem bens jurídicos distintos e normas jurídicas de reparação distintas.

Vê-se, desse modo, que assim como a norma jurídica de reparação do dano moral é o art. 5º, V e X, da Constituição Federal, e do dano estético são os arts. 6º e 196, também da Constituição Federal, parece claro que os dispositivos mencionados nos três casos acima

⁵¹ Disponível em: < <https://url.gratis/fUSsC>>. Acesso em 05.12.2020.

(art. 227, *caput* e § 7º, da Constituição Federal; art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.263/1996 e art. 19, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente) podem ser considerados, não de forma exclusiva, a norma jurídica de reparação do dano existencial.

Para além dos casos acima mencionados, e especificamente a respeito da matéria no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores, tem-se, no Supremo Tribunal Federal, somente duas ocorrências de “dano existencial”, sendo que a discussão da primeira está adstrita às relações de emprego⁵² e na segunda não houve exame do mérito.⁵³ No Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, há somente uma ocorrência, que considera o dano existencial como espécie de dano moral.⁵⁴

Dos 27 Tribunais de Justiça, vê-se que em 14⁵⁵ não há absolutamente nenhuma ocorrência da expressão “dano existencial” e em outros 10⁵⁶ há 10 ocorrências ou menos. Destacam-se, no exame da matéria, os Tribunais de Justiça (i) de São Paulo, com 77 ocorrências; (ii) do Rio Grande do Sul, com 22 ocorrências; e (iii) do Mato Grosso do Sul, com 11 ocorrências.⁵⁷

Conclusão

Propôs-se com o presente estudo responder ao seguinte questionamento: o dano existencial deve ser reparado? Em caso positivo, como dano autônomo ou como espécie de dano moral? Três seriam, então, os possíveis posicionamentos: (i) o dano existencial não deve ser reparado; (ii) o dano existencial deve ser reparado como dano autônomo; e (iii) o dano existencial deve ser reparado como espécie de dano moral.

Dada a delicadeza e a relevância do bem jurídico protegido – a liberdade e a autonomia existencial – no entanto, interesses inerentes à dignidade humana, a segunda possibilidade se mostra a mais correta.

É certo que diversos autores entendem que não convém rotular as diversas espécies de dano para que não se instaure uma “guerra de etiquetas”, de modo que a própria reparabilidade à vítima fique comprometida em razão de uma possível redução da

⁵² STF, ARE n. 1201064, Rel. Min. Edson Fachin, j. 25.09.2019.

⁵³ STF, ARE n. 1274287, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.07.2020.

⁵⁴ STJ, AgInt no AREsp 1380002/MS, Rel. Min. Raul Araújo, 4.ª T., j. 02.04.2019.

⁵⁵ São eles: TJAL, TJAM, TJBA, TJCE, TJES, TJMA, TJMT, TJPA, TJPI, TJRN, TJRO, TJRR, TJSC e TJSE.

⁵⁶ São eles: TJAC, TJAM, TJDFT, TJGO, TJMG, TJPB, TJPR, TJPE, TJRJ e TJTO.

⁵⁷ A pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça tem como limite a data de 21.10.2020.

indenização pelo Poder Judiciário tendo em vista as variadas modalidades de danos decorrentes do mesmo evento lesivo. Parece claro, no entanto, que reconhecer a autonomia do dano existencial em relação ao dano moral prestigia o princípio da reparação integral, consagrado no art. 944 do Código Civil.

E a reparabilidade do dano existencial como dano autônomo não tem o condão de comprometer a fixação do justo *quantum* indenizatório. Se é *dever* do autor deduzir pretensão com causa de pedir⁵⁸ e pedido certo (art. 322, *caput*, do CPC) e determinado (art. 324, *caput*, do CPC), sob pena de se tornar a petição inicial inepta e passível de indeferimento (art. 330, I e § 1º, I, do CPC), e se é *dever* do juiz se ater aos limites do pedido para proferir decisões (art. 492, *caput*, do CPC), em observância ao princípio da adstrição (ou da congruência), parece correto que ao examinar a pretensão, se a parte lograr êxito em demonstrar a violação à sua liberdade existencial, ainda que também tenham havido violações às suas integridades física e moral, o juiz *deve*, além da reparação aos danos morais e estéticos, impor a reparação também ao dano existencial.

Não bastasse isso, há casos, como visto, em que o dano existencial não necessariamente está vinculado ao dano moral. Do que se expôs na seção 5, que tratou da casuística do dano existencial no direito brasileiro, tem-se que é plenamente possível (ainda que pouco provável) que mulheres consumidoras das “pílulas de farinha” tenham ficado satisfeitas e realizadas com o resultado gravidez, sem que tenham experimentado qualquer sofrimento. Também é possível que pacientes do médico Roger Abdelmassih, mesmo sem qualquer consentimento, tenham reagido de forma positiva à gravidez decorrente de fecundação heteróloga. E, igualmente, pode ser que o Pedrinho não tenha sentido dor ao tomar conhecimento que foi criado por 16 anos pela mulher que o sequestrou.

É dizer: ainda que não subsista o dano moral como dano-consequência, parece inegável que todas essas vítimas experimentaram frustração ao seu projeto de vida ou de vida em relação, ou, em outras palavras, tiveram sua autonomia existencial e sua liberdade existencial cerceadas, sobretudo porque lhes foi tolhido o direito de tomar decisões a respeito do seu próprio futuro. Negar a reparabilidade do dano existencial, então, significa necessariamente repelir a reparação integral referida no art. 944 do Código Civil.

⁵⁸ “Identificar a *causa petendi* é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras: qual o fundamento de sua pretensão?” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15).

E ainda que não se reconheça a autonomia do dano existencial para fins de reparação, subsidiariamente, é necessário ao menos que os interesses violados – a liberdade e a autonomia existencial – repita-se, sobretudo em razão da sua relevância para a tutela da dignidade humana, sejam identificados e considerados pelo Poder Judiciário para que a vítima seja reparada integralmente.

Referências bibliográficas

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. 1. reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El daño a la persona ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?. *Revista de Derecho Privado e Comunitario*. Daños a la persona. Jan./1998, p. 69-100, ISBN 978-950-727-036-9.

DINIZ, Maria Helena. Proteção Jjurídica da existencialidade. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 2, p. 181-191, ago. 2020.

GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana. Trad. Fabiano Coulon. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6., n. 1, p. 47-58, maio 2018.

ITALIA. *Codice Penale 2020*: aggiornato con le ultime modifiche legislative introdotte, da ultimo, dalla L. 14 agosto 2020, n. 113 e dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (Decreto Semplificazioni). Disponível em: <<https://www.brocardi.it/codice-penale/>>. Acesso em 05.12.2020.

ITALIA. *Constituição da República Italiana*. Trad. Paula Queiroz. Senato della Repubblica. Roma: Libreria Multimediale, 2018. Disponível em: <<https://www.senato.it>> Acesso em: 29 nov. 2020.

ITALIA. *Il Codice Civile Italiano*. Gazzetta Ufficiale, n. 79, 4 apr. 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 27.09.2020.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 57/2014, p. 287-302, jan./mar. 2014.

MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Trad. Rita Correia Guedes. Paris: Les Éditions Nagel, 1970.

SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al 'proyecto de vida' en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica de Peru. *Revista de la Facultad de Derecho*. n. 56, 2003, p. 659-700. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em 30.11.2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. O dano existencial sob a perspectiva da reparação integral: destaques doutrinários e jurisprudenciais. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ed. 89, p. 35-56, mar./abr. 2019.

ZIVIZ, Patrizia. *I danni non patrimoniale*. Milano: Wolters Kluwer, 2012, p. 68.

Como citar:

HATOUM, Nida Saleh; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Da necessidade de identificação do dano existencial na responsabilidade civil Novos itinerários da contratação informática: do contrato inteligente ao contrato algorítmico. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/da-necessidade-de-identificacao/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

28.4.2022

Aprovado em:

20.10.2022