

RECEBIDO EM: 05/01/2016

APROVADO EM: 24/05/2016

RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO EXISTENCIAL

LIABILITY AND DAMAGE EXISTENTIAL

Poliana Vanucia de Paula Albuquerque

Mestranda em Direito Constitucional e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza. Advogada e Professora UNIFOR

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações sobre a responsabilidade civil; 2 Dano moral na concepção civil constitucional uma abordagem a luz do principio da dignidade da Pessoa Humana; 3 Dano existencial; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Objetivando realizar uma abordagem acerca da evolução da responsabilidade civil o estudo proposto pretende analisar o conceito, requisitos, características e princípios que circundam o instituto do dano existencial, promovendo sua melhor compreensão nas relações privadas, descrevendo ainda, as diferenças com outros tipos de danos extrapatrimoniais e a possibilidade de cumulação com os mesmos. Nesse contexto não se pode olvidar que o princípio da dignidade humana na aplicação dessa espécie de dano, tem fator determinante, pois com a expansão da idéia de Direito Civil Constitucional o dano moral evoluiu de forma a salvaguardar direitos inerentes ao ser humano, quais sejam os direitos da personalidade. Assim, o dano existencial tem o foco inicial na premissa civilista e constitucional, na qual o indivíduo é ferramenta central. Ressalta-se ainda que o tema ainda é pouco explorado na doutrina brasileira, entretanto, no Direito comparado já existem diversos estudos, sendo sua origem atribuída ao Direito Italiano. Nesse sentido pela escassa exploração na doutrina brasileira esse artigo busca fazer uma análise sobre a temática, contribuindo para estreitar os debates e estudos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Dano Moral. Dignidade da Pessoa Humana. Dano Existencial.

ABSTRACT: Aiming to realize an approach about the evolution of civil responsibility. This study propose to analyze the concept, requirements, characteristics and principles that surround the institution of existential injury, promoting the better understanding in private relationships, still describe, the differences with other types of off-balance sheet injury and the possibility of overlapping with the same. In this context can not forget that the principle of human dignity in the application of this kind of injury, there is a decisive factor for the expansion of the idea of Civil Law Constitutional the moral injury evolved to safeguard the inherent to the human duties, independently the duties of personality. Then, the existential jury have early focus in the part-civil law and constitutional, in which the individual is central tool. It is noteworthy that the subject is still little explored in the Brazilian doctrine, however, in comparative law there are several studies, which attributed its origin to the Italian Law. Accordingly limited exploration in the Brazilian doctrine this article propose to do an analysis on the subject, helping to narrow the debates and studies.

KEYWORDS: Civil Responsibility. Moral Damage. Dignity of the Human Person. Existential Damage.

INTRODUÇÃO

A evolução das relações sociais, culminando com a valorização e intensificação da proteção do indivíduo na sociedade é um fenômeno interdisciplinar e que perpassa o estudo aprofundado de diversas vertentes, tais como a economia, a sociologia, a administração e o direito.

Nesse contexto a responsabilidade civil mostra-se em constante estado de evolução, uma vez que, ao longo de toda sua dinâmica e crescente ascensão principiou-se com a total irresponsabilidade do indivíduo culminado atualmente com a teoria da responsabilidade objetiva, mais especificamente a teoria do risco.

A idéia de responsabilidade civil, portanto, teve sua origem no direito romano com a interpretação da *Lex Anquiliana*, que trazia em seu bojo a responsabilidade de reparação de danos injustamente provocados sem necessariamente existir vínculo obrigacional.

Nas relações sociais, por vezes, algumas pessoas exercem seus direitos de forma abusiva, podendo invadir a seara de bens jurídicos alheios, causando prejuízos e danos aos titulares desses direitos.

Comportamentos desse alvedrio caracterizam o dever de indenizar que está disposto na legislação civil brasileira, situado no campo da responsabilidade civil, podendo ter repercussões materiais e imateriais.

Desta feita tratando-se de um tema bastante recente na doutrina civilista brasileira, justifica-se esse ensaio na busca de realizar um estudo aprofundado sobre o dano existencial, quais suas repercussões e sua aplicabilidade nas relações privadas, delineando sua principiologia, características e requisitos e informando ainda, qual o posicionamento da jurisprudência brasileira quanto ao tema.

Quanto à metodologia do trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica por meio da análise e leitura de obras que tratam do tema de forma direta ou indireta. Trata-se também, de pesquisa, quanto à utilização dos resultados, pura, e, quanto à abordagem, qualitativa, na medida em que busca a ampliação dos conhecimentos e melhor compreensão do problema apresentado. Caracteriza-se a pesquisa, ainda, quanto à finalidade, como descritiva, explicativa e exploratória, pois, objetiva-se descrever o dano existencial e suas repercussões nas relações privadas partindo-se de um pressuposto histórico e evolutivo da responsabilidade civil.

Portanto, primeiramente, e promovendo uma compreensão mais complexa acerca do tema será realizada uma abordagem da evolução da responsabilidade civil com a descrição das várias espécies de danos. Em seguida, far-se-á breves considerações acerca do princípio da dignidade humana e sua importância nas relações privadas, sobretudo na constituição da acepção moderna de dano moral, e, por fim, será realizada uma abordagem acerca do dano existencial através de uma análise jusfilosófica culminando com o delineamento de seu conceito, características, repercussão e posicionamento da jurisprudência brasileira.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem como principal fundamento à punição para aquele que causa dano a alguém e, por conseguinte, o ressarcimento pecuniário do referido ato. Portanto, a primeira noção de responsabilidade civil é o dever de reparação.

Com o crescente progresso da humanidade e o grande avanço de tecnologias, as mutações nas relações privadas muitas vezes são mais céleres do que o legislador possa acompanhar e, dessa forma, o nosso ordenamento jurídico, sobretudo após a promulgação do Código Civil de 2002, se socorreu do conteúdo de cláusulas gerais, cabendo, em alguns casos, ao interprete aplicar técnicas de hermenêutica constitucional para melhor subscrever a regra ao caso concreto, inclusive na seara da responsabilidade civil.

Nesse sentido assevera Maria Celina Bodin:¹

As profundas transformações ocorridas na responsabilidade civil, ramo do direito civil, que apresenta grandes desafios aos juristas, devem ser enfrentadas a partir da aplicação direta e imediata de normas constitucionais. De fato, somente a perspectiva constitucionalizada é capaz de oferecer respostas às complexas indagações presentes no direito dos danos contemporâneos.

Anteriormente a doutrina acerca da responsabilidade civil se pautava, sobretudo nos direitos patrimoniais, com profunda herança oitocentista, entretanto, atualmente passou-se a considerar a dignidade da pessoa humana como influência de ponderação do dever de ressarcimento. Essa repercussão e seus efeitos serão melhor analisados no item seguinte.

1 MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista 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: 13 nov. 2014.

Como é sabido no ordenamento jurídico brasileiro a previsão da responsabilidade civil encontra-se, na Constituição Federal de 1988, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5.º, V, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e no inc. 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”. Esses dois incisos prescrevem a ocorrência da indenização por danos.

No Código Civil a previsão encontra-se no art. 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e no art. 927 “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Com a leitura desses dois dispositivos é possível concluir que a cumulação de danos é perfeitamente conciliável.

A responsabilidade civil, portanto, é instituto criado para diminuir os efeitos de condutas que atentam contra os bens materiais e/ou morais de um indivíduo, restaurando-os ao estado inicial, se possível. É ainda instituto que promove a paz e harmonia nas relações sociais.

A responsabilidade civil classifica-se em objetiva e subjetiva. A subjetiva tem como fundamento a ocorrência da culpa em sentido amplo, enquanto a objetiva tem como fundamento a teoria do risco, ou seja, o agente deve responsabilizar-se por eventuais danos ocasionados pela atividade que pratica.

Para a ocorrência do dever de indenizar, é preciso que concorram três pressupostos fundamentais: conduta, dano e nexa causal. A seguir comentar-se-ão sucintamente os citados pressupostos para nortear o objetivo do presente ensaio.

Primeiramente, de uma verificação superficial dos citados pressupostos, começa-se com a análise da conduta e, para tanto, transcreve-se a definição de Maria Helena Diniz² como: “o ato humano comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente, ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que causa dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.”

Para referida autora, a conduta pode ser positiva ou negativa, lícita ou ilícita, praticada de forma direta ou indireta, com a potencialidade de

2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil - responsabilidade civil*. v. 7, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 233..

causar dano a alguém. Do referido conceito, ainda é possível se extrair que a conduta deverá ser voluntária e imputável, ou seja, deve ser praticada sem amparo de nenhuma excludente e atribuída a alguém civilmente imputável.

Dessa forma, é de se concluir que o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e a legítima defesa, regra geral elide a responsabilidade de ressarcimento. Ainda podem elidir a responsabilidade, regra geral, a menoridade, a demência e a anuência da vítima. Entretanto, cumpre salientar que com a figura da responsabilidade indireta pode subsistir o dever de indenizar nesses últimos casos.

Ainda no que diz respeito à conduta, esta pode ser analisada sob o prisma da culpa em sentido amplo, a qual abrange a culpa propriamente dita representada negligência, imprudência e imperícia e o dolo representado pela intenção de causar o dano.

Assim sendo, o dano é a concretude do prejuízo experimentado por um indivíduo que sofreu os efeitos da conduta praticada pelo agente. Ocorre que a doutrina ensina que o dano deve ser indenizável, ou seja, deve possuir alguns requisitos para ocorrer à reparação do prejuízo, como, por exemplo, a diminuição do bem patrimonial ou moral do indivíduo, certeza do dano, relação entre a conduta e o dano, subsistência do dano e ausência de exclusão de responsabilidade.

O dano pode ser material ou moral, ou para alguns doutrinadores dano patrimonial e dano extrapatrimonial. De forma sucinta, pois a esse breve ensaio não foi dado como prioridade, o dano material, se afigura como aquele em que a afetação ao patrimônio do indivíduo é calculada de forma pecuniária baseando-se nos limites dos danos emergentes e lucros cessantes, conforme constam no art 402 do Código Civil Brasileiro.

Introduzindo o assunto, uma vez que, no tópico seguinte será realizado estudo pormenorizado acerca do tema, o dano moral na definição trazida por Silvio de Salvo Venosa³ significa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí pó que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa do dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável.

3 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil - responsabilidade civil*. 6. ed. v. 4, São Paulo: Atlas, 2005. p. 47.

Trata-se de prejuízo de difícil identificação e aferição. Muitos doutrinadores, afirmam que o dano moral é o dano da alma, o que de fato acredita-se ser bastante filosófico e subjetivo.

Os direitos de personalidade são o núcleo de existência do dano moral, pois na maioria dos casos incide a dor psíquica sobre referidos direitos, sendo a jurisprudência farta, no sentido de atribuir lesão e dever de indenizar nos casos de infração aos direitos da imagem, privacidade, honra, entre outros.

A dor moral deve ser analisada de acordo com cada caso, mas é pacífico nos Tribunais brasileiros que o simples fato de o indivíduo se aborrecer não configura referido dano.

Importante salientar que Silvio de Salvo Venosa⁴ elucida as espécies de dano moral: o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios etc.

O dano psicológico comentado pelo citado autor é compatível com o dano sofrido pelo trabalhador quando vítima de assédio moral no trabalho, sendo o assédio moral figura conhecida universalmente e por isso tem várias terminologias, a saber: *mobbing*, *harcèlement moral*, entre outras, sendo conceituado como uma conduta molestadora e constante que atenta contra a saúde mental de um indivíduo em um ambiente determinado, mais comumente o ambiente laboral.

A aferição do dano moral, como já dito, é bastante complexa, uma vez que permeia a seara valorativa de cada indivíduo. Portanto, o critério a ser adotado para julgar tal conduta seria mais de cunho educativo, ou seja, o agente que pratica o dano será penalizado de forma a disciplinar e no propósito de adequar sua conduta faltosa aos valores éticos e morais aceitáveis por uma sociedade.

Por fim, o último pressuposto para a ocorrência da responsabilidade civil é o nexo causal. Em um conceito sintético, o nexo causal é o elo existente entre a conduta e o resultado causado pelo agente.

Complementa referida definição Silvio de Salvo Venosa:⁵

⁴ VENOSA, op. cit., p. 49.

⁵ *Ibidem*, p. 53.

O conceito de nexa causal, nexa etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.

Tanto na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva, deverá existir a relação de causalidade, sendo, como já dito, indispensável para a caracterização do dano.

Entretanto, o nexa causal poderá ser excluído nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Após esses comentários preliminares acerca dos aspectos gerais da responsabilidade civil, seguir-se-á com os estudos sobre o dano existencial, perpassando, entretanto no próximo tópico especificamente sobre o dano moral e a dignidade da pessoa humana.

2 DANO MORAL NA CONCEPÇÃO CIVIL CONSTITUCIONAL UMA ABORDAGEM A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana erigida pela Constituição Federal como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, no seu art 1º, consolidou a proteção máxima ao indivíduo buscando através dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade salvaguardar valores para uma existência minimamente digna contra possíveis ofensas a direitos praticados pelo Estado e pelos próprios particulares.

Para Ingo Sarlet:⁶

O Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.

Desta feita o princípio da dignidade da pessoa humana é corolário para todos os demais princípios, sendo de observância obrigatória para

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64.

o intérprete do Direito, seja no âmbito das relações entre o Estado e o indivíduo, seja no âmbito das relações entre indivíduos.

Esse princípio representa uma evolução humanística e cultural, que o legislador posicionou como de máxima relevância no ordenamento jurídico pátrio. Não se pode olvidar que todos os ramos do Direito devem perpassar pela análise desse princípio.

Maria Celina Bondin aponta que⁷

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da Republica Federativa do Brasil, no art 1º, III da CF, dispositivo inicialmente observado com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada.

Nesse cenário a responsabilidade civil, passou por uma releitura em função do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações privadas, que centralizou a idéia de tutelar a pessoa e seus valores.

Essas profundas transformações nas relações sociais, bem como, a relevância dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, desencadearam, portanto uma nova visão acerca da responsabilidade civil no Brasil, sobretudo quanto à questão do elemento dano. Passou-se a visualizar mais espécies de danos indenizáveis, dentre eles os danos extrapatrimoniais, imateriais, ou simplesmente os danos morais.

Eugenio Facchini⁸ aponta que, na evolução do conceito de dano moral, passou por três concepções: concepção tradicional; concepção crítica e concepção constitucional.

Sucintamente a concepção tradicional Eugenio Facchini⁹ define o dano moral como sendo todo aquele não patrimonial, conceito “guarda chuva”. A premissa do conceito esta na negação, ou melhor, na exclusão de aferir o que o dano moral não seria. Essa concepção bastante aberta e

7 MORAES, op. cit., p. 234.

8 NETO. Eugenio Facchini. Danos Existenciais: “Precificando Lágrimas?.” *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.12, p. 229-268, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408>>. Acesso em: 13 nov. 2014

9 Ibidem.

sem maiores critérios deixou ao julgador a difícil função de mensurar o que seria dano moral, sendo, portanto, insuficiente.

Na concepção crítica que foi considerada para alguns autores um progresso, entende-se como dano moral aquele que a lesão é aferida conforme usa repercussão na vida da vítima. Eugenio Facchini (2012) define como sendo dano moral “o efeito não patrimonial da lesão de direito, bem ou interesse; e não a própria lesão, abstratamente considerada”. Entretanto, esse conceito, apesar de demonstrar um significativo progresso, não restou suficiente, pois mais uma vez deixava a cargo da discricionariedade do julgador a aferição desse dano moral.

Em seguida a concepção constitucional, acompanhando o movimento civilista constitucional reinante na doutrina e jurisprudência brasileira passou a definir dano moral em uma perspectiva dos direitos de personalidade, sobretudo, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. Dano moral, a partir dessa concepção seria “aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos da personalidade, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza a pessoa, tal como a liberdade, a honra, a reputação, o nome, a imagem etc.” (Eugenio Facchini. 2012)

Maria Celina Bondin¹⁰ traz um conceito que coaduna com essa significação, para a autora, dano moral seria a lesão a dignidade da pessoa humana.

Diante dos conceitos, acima descritos, é inconteste que o dano moral expandiu seu conteúdo propiciando a elasticidade de sua repercussões no ordenamento brasileiro. A partir dessa evolução, não se pode considerar apenas o dano moral em seu sentido estrito, como sendo uma dor passageira e emocional que atinge o estado anímico da pessoa. Parte-se para um sentido mais amplo de dano moral que está intrinsecamente ligado a dignidade da pessoa humana, como o caso do dano existencial.

O dano moral, portanto, superou a tese que considerava que o dever de indenizar era devido se houvesse repercussão patrimonial, indo além da doutrina que o considerava como apenas a dor psíquica do indivíduo. Como dito anteriormente, é um avanço humanístico e cultural que a sociedade impõe e necessita.

A V Jornada de Direito Civil traz em seu enunciado 445, a expressão desse pensamento, consolidando uma interpretação condizente com a

10 MORAES, op. cit., p. 246.

realidade quando afirma que “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Nesse sentido a responsabilidade civil, quanto à configuração do dano moral, transcende os limites psicofísicos, e permeia os direitos de personalidades e direitos fundamentais, em tudo, coadunando com os postulados do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, ao intérprete jurídico cabe a observância máxima dos princípios constitucionais, tornando eficaz a proteção ao bem-estar do indivíduo, sendo esse sentido amplo de dano moral a postura mais condizente com a realidade.

3 DANO EXISTENCIAL

Na conjectura moderna do alcance da evolução da doutrina da responsabilidade civil, abandonou-se a visão absoluta e primária que erigia o patrimônio como centro da motivação da responsabilidade e prestigiou-se a figura da pessoa como bem em destaque a ser tutelado. Dessa forma a doutrina passou a buscar na existencialidade e definição do ser humano, a projeção para mensurar e desenvolver a teoria dos danos extrapatrimoniais.

É nesse contexto que o dano existencial, passou a ganhar espaço, tendo sua origem na jurisprudência italiana, alcançando, dentre outras doutrinas de destaque, a peruana que foi além e cunhou o que Carlos Fenandez Sessarego¹¹ denominou de dano ao projeto de vida. No Brasil, nossos Tribunais já se manifestaram sobre esse tipo de dano -dano existencial-, sendo a Justiça do Trabalho sua percussora. Entretanto, o estreito desenvolvimento científico e acadêmico da tese ainda não foi robusto no sentido de promover a autonomia desses dois tipos de dano, sendo os mesmos tratados conjuntamente.

Oportuno, antes de explorarmos as questões conceituais do dano existencial e sua diferença com os demais danos, sobretudo com o dano ao projeto de vida, fazer uma incursão jusfilosófica acerca da pessoa humana nas duntas lições Carlos Fenandez Sessarego, cuja tese é adota pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

11 SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño ao proyecto de vida. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, dez. 1996. Disponível em: <Vhttp://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF> . Acesso em: 07 abr. 2016.

Partindo-se de uma premissa humanista e promovendo uma investigação existencialista da pessoa humana e seu projeto de vida Sessarego¹², aponta que é primordial alcançar os meandros conceituais do que é humano em sua liberdade, temporalidade e coexistencialidade para entender a repercussão desse dano e sua aplicabilidade na ciência do Direito.

Sessarego¹³ esclarece que a pessoa não é entendida como instrumento: “La persona es considerada como un fin en sí misma y no como un mero instrumento”. A pessoa humana é livre para conduzir seus projetos de vida, suas escolhas e erigir comportamentos que vão promover a sua sociabilização, significando ou mesmo re-significando a sua capacidade existencial.

Kant pontua a mesma ideia¹⁴: “o homem – e de modo geral todo ser racional – existe como fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel prazer”.

Ainda nas lições de Sessarego¹⁵, o ser humano frente a sociedade almeja sua realização existencial, entretanto quando sua liberdade fenomênica é obstacularizada, perde-se o sentido da vida, a razão de viver. Nesse caso o dano ao projeto de vida é que deve ser tutelado e protegido.

Nessa linha evolutiva é que o surgimento de várias espécies de danos imateriais permitem um estudo coeso com a realidade, com foco na pessoa humana abarcando sua perspectiva existencial e não restringindo-se a visão conceitual consolidada de dano moral.

Dessa forma cabe perquirimos o que é dano existencial? Qual sua semelhança e diferença em relação ao dano moral e o dano ao projeto de

12 SESSAREGO, Carlos Fernández. Apuntes Sobre el Daño a la Persona. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 4-14, nov. 2001. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

13 SESSAREGO, Carlos Fernández. Apuntes Sobre el Daño a la Persona. Portal de Información y Opinión Legal – Revista Foro Jurídico – Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 3, nov. 2001. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

14 KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. p. 239.

15 SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño ao proyecto de vida. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, p. 22-31, dez. 1996. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

vida? Qual o posicionamento da doutrina e jurisprudência brasileira quanto a essas novas figuras de danos?

Nesse cerne podemos conceituar dano existencial, como aquele que atinge o direito fundamental da pessoa humana causando prejuízo na concretude do seu agir como ser social tolhendo sua expectativa e planejamento de vida. Na visão de Flaviana Rampazzo¹⁶:

O dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração substancial, nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc. Abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente - temporária ou permanentemente - sobre sua existência.

A Itália após alguns anos de desenvolvimento dessa teoria, sobretudo, em casos concretos, passou a considerar a existência de quatro tipos de danos, quais sejam: dano moral, dano biológico, dano material e dano existencial. Pela experiência Italiana existiam situações e consequências às quais não era suficiente apenas a tipificação do dano, como dano moral, material ou biológico, pois sua repercussão transpassava as barreiras desses conceitos e alcançavam direitos fundamentais da pessoa.

Eugenio Facchini¹⁷, analisando a experiência Italiana sintetiza essa evolução:

Já a partir da metade da década de 90, a jurisprudência italiana começou a adotar tal nomenclatura, abandonando a classificação tripartida dos danos indenizáveis, usada pela Corte Constitucional italiana [...] para adotar uma classificação quádrupla, segundo a qual, ao lado dos danos patrimoniais, haveria um gênero de danos patrimoniais, que abrangeria as espécies de danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais.

Nesse sentido pode-se afirmar que a diferença de dano moral para dano existencial é que no primeiro a lesão alcançada pelo dano é momentânea, por mais que atinja a integridade psíquica do indivíduo, já o dano existencial é mais abrangente e tem repercussão permanente na vida da pessoa, ferindo sua dignidade e destruindo seu planejamento de vida.

16 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

17 NETO, op. cit., p. 239.

O dano existencial, portanto é instituto mais amplo e que tem como característica a preservação e proteção da vivência do indivíduo a dignidade da pessoa humana, sua qualidade de vida e sua existência social.

No caso do dano biológico, e que também tem origem na Itália a diferença é latente, pois o dano biológico atinge o estado físico e psíquico do indivíduo como o dano estético, por exemplo, e, que, pode ter repercussão patrimonial e/ou extrapatrimonial.

Imperioso ressaltar também, a diferença do dano existencial e a perda da chance. Essa última seria a perda concreta de uma oportunidade com um prejuízo palpável, a partir da real possibilidade da ocorrência do evento perdido ou do evento que deixou de acontecer pela atividade danosa.

Por fim quanto no que tange às diferenciações desse instituto a que toma maior destaque é a que aborda o dano ao projeto de vida, tendo em vista que a maioria da doutrina, sobretudo a brasileira aloca o dano ao projeto de vida como uma espécie de dano existencial, o que na lição da doutrina peruana não se afigura.

No dizer de Hidemberg da Frota¹⁸:

O projeto de vida, na leitura do humanismo existencial, traduz as possibilidades de concretudes dentro do existir humano em sociedade, o que vai permitir ao sujeito a realização de escolhas pertinentes às várias esferas em que atua (tais como a familiar, a profissional, a social, a religiosa e a educacional) durante a sua vida, período em que será instado a executar tal projeto não apenas de maneira autêntica, planejada e realista, como também de modo adaptável à dinâmica pessoal e social, flexível ante as transformações de âmbito individual e coletivo.

Portanto, diante dos conceitos e diferenças aqui formulados é possível afirmar que o dano existencial possui além daqueles requisitos que, necessariamente devem existir para caracterizar-se responsabilidade civil, ainda devem cumular a repercussão real no projeto de vida do indivíduo, tendo reflexos permanentes no seu estado de existencialidade.

No Brasil a experiência ainda é mínima, sendo na seara trabalhista onde encontramos decisões recentes conforme se colaciona em seguida:

18 FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ano XVII, Montevideo, 2011, p. 241, ISSN 1510-4974.

DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL. DIFERENCIAÇÃO. CARGA DE TRABALHO EXCESSIVA. FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA. PREJUÍZO À VIDA DE RELAÇÕES. O dano moral se refere ao sentimento da vítima, de modo que sua dimensão é subjetiva e existe in re ipsa, ao passo que o dano existencial diz respeito às alterações prejudiciais no cotidiano do trabalhador, quanto ao seu projeto de vida e suas relações sociais, de modo que sua constatação é objetiva. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da *Constituição Federal*. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana. Na hipótese dos autos, a carga de trabalho do autor deixa evidente a prestação habitual de trabalho em sobrejornada excedente ao limite legal, o que permite a caracterização de dano à existência, eis que é empecilho ao livre desenvolvimento do projeto de vida do trabalhador e de suas relações sociais. Recurso a que se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano existencial. (TRT-PR-28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013 - 2A. TURMA - Relator: ANA CAROLINA ZAINA - Publicado no DEJT em 11-10-2013). Grifo nosso.

O Tribunal Superior do Trabalho, também recentemente manifestou-se acerca do assunto:

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da *Constituição Federal*, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, -consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela *Constituição Federal*, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.- (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa

humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (Processo: RR - 727-76.2011.5.24.0002 Data de Julgamento: 19/06/2013, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013).

Observa-se, portanto, que a jurisprudência brasileira já enfrenta esse tema, sobretudo nas relações de trabalho, nas quais em sua grande maioria o trabalhador, tido como figura hipossuficiente, é submetido a rotinas laborais que o privam de desenvolver e vivenciar uma vida digna, sociável e familiar.

Portanto, na relação laboral a observância do dano existencial é mais clara, uma vez que, o empregado direcionado pelo seu empregador pode se privar de exercer cotidianamente atividades sociais e familiares que lhe prejudicam e interrompem seu ciclo de vida e, por conseguinte seu crescimento. Exemplo dessa situação é a impossibilidade de gozar férias, pois muitas vezes o empregador paga o período de férias, entretanto, o empregado continua a trabalhar na empresa. Outro exemplo seria a interrupção de frequência em curso superior ou outra especialização, pois o empregador demanda quase todos os dias ou mesmo todos os dias pelo menos duas horas extras do empregado, impossibilitando assim sua formação profissional completa.

Entretanto nos demais ramos do Direito é possível visualizar a existência desse tipo de dano, sobretudo, nas relações de consumo e familiares. São exemplos hipotéticos da possibilidade de existência do

dano existencial como cita Hidemberg Alves de Frota¹⁹: “a perda de um familiar ou o abandono parental em momento crucial do desenvolvimento da personalidade; prisões arbitrárias ou fruto de erro judiciário, dentre outras situações.”

No que pertine a aplicação dessa doutrina nas relações familiares é possível verificar um grande receio, uma vez que não se pode precificar o afeto, nem muito menos penalizar um indivíduo por não desenvolver laços afetivos com sua descendência ou ascendência.

O Superior Tribunal de Justiça avança em sentido contrário quando proferiu a seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da Lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do Recurso Especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em Recurso Especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso Especial

19 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20349>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

parcialmente provido.(STJ; REsp 1.159.242; Proc. 2009/0193701-9; SP; Terceira Turma; Rel^a Min^a Nancy Andrighi; Julg. 24/04/2012; DJE 10/05/2012)

A questão ainda afigura-se sob a nomenclatura genérica de dano moral, entretanto ao analisar os fundamentos da referida decisão é possível afirmar que o abandono afetivo é uma privação do indivíduo a uma convivência familiar digna e a supressão desse direito, compromete a própria existência da pessoa. Nesse sentido Hidemberg Alves da Frota afirma que²⁰: “o abandono afetivo seria uma forma também de dano existencial”.

Vale ressaltar ainda que a problemática também se insere na questão da banalização dos tipos de dano gerando, como popularmente se propaga: a indústria do “dano moral”. Ademais o aprofundamento do tema contribui para que esse tipo de situação não enfraqueça o instituto e minimize a atuação e o desenvolvimento da teoria.

4 CONCLUSÃO

É fato que o crescente desenvolvimento da sociedade não nos permite olvidar o surgimento de novos danos, sendo necessário o estudo e aprofundamento do tema para melhor aplicação da solução ao caso concreto, promovendo a efetividade das normas e a pacificação de conflitos.

Em suma, o estudo e a promoção do debate da teoria do dano existencial foi de fato um dos principais objetivos desse ensaio, pois essa teoria enaltece o princípio da dignidade humana promovendo a evolução da responsabilidade civil dentro do contexto civil constitucional tendência consolidada no nosso ordenamento jurídico.

A busca pela autonomia do dano existencial é de fato, um caminho logo a ser trilhado, entretanto, como visto anteriormente em alguns ramos do Direito, como o Direito do Trabalho a observância da aplicação desse instituto já é sentida, fato que destaca a importância do aprofundamento e análise do tema em questão.

Ademais foi possível verificar que alguns Tribunais brasileiros, como a Justiça do Trabalho, já esposam essa tese com a finalidade de resguardar direitos dos trabalhadores, sempre promovendo a efetividade do princípio da dignidade humana.

20 FROTA, op. cit.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Senado 1988.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão de 24.04.2012 (REsp 1.159.242; Proc. 2009/0193701-9)*. Relator: Min^a Nancy Andrighi. Brasil, 10 de Maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em : 20 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR - 727-76.2011.5.24.0002*. Data de Julgamento: 19/06/2013. Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho-PR. *Acórdão 40650-2013 - 2^a*. TURMA - Relator: Ana Carolina Zaina. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil - responsabilidade civil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n.3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20349>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____; BIÃO, Fernanda Leite. O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ano XVII, Montevideo, p. 229-242, 2011, ISSN 1510-4974.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista 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: 13 nov. 2014.

NETO, Eugenio Facchini. Danos Existenciais: “Precificando Lágrimas?” *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.12, p. 229-268, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

PAROSKI, Mauro Vasni. Assédio moral no trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1196, 10 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp9021>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional, tradução de M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Apuntes Sobre el Daño a la Persona. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, nov. 2001. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño ao proyecto de vida. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, dez 1996. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Hacia una Nueva Sistematizacion del Daño a la Persona. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, set. 1993. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil - responsabilidade civil*. 6. ed. v.4, São Paulo: Atlas, 2006.

V Jornada de Direito Civil 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.