

O DANO EXISTENCIAL E A DEVIDA INSTRUÇÃO PROCESSUAL: A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO EM DEFESA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Stephanie Pacheco Castro¹

RESUMO

Com a evolução da responsabilidade civil, à luz da constitucionalização de todos os ramos do Direito, começou-se a tutelar os aspectos subjetivos do ser humano e, por consequência, ressarcindo-se todo dano que fere a dignidade da pessoa humana nos seus mais variados aspectos. A presente pesquisa, de cunho bibliográfico, tem como tema o dano existencial, dialogando sobre seu conceito, diferenciando-o das demais espécies de danos extrapatrimoniais, principalmente, com o dano moral; tendo como objetivo demonstrar a autonomia do dano existencial e concluindo pela necessidade de uma instrução probatória processual adequada para possibilitar a reparação integral dos danos dessa modalidade.

Palavras-chaves: Dano existencial. Dignidade da pessoa humana. Instrução probatória.

THE EXISTENTIAL DAMAGE DUE PROCESS AND THE CORRECT PROCEDURAL INSTRUCTION: FULL REPAIR OF DAMAGE IN DEFENSE OF THE DIGNITY OF MAN

ABSTRACT

With the evolution of civil liability in light of the constitutionalization of all branches of law, protecting the subjective aspects of human beings, has begun and, therefore, reimbursing all damage that hurts the dignity of man in its various aspects. This research, bibliographic in nature, has existential damage as its theme, discussing this concept, setting it apart from other types of punitive damage, especially moral damage; aiming to demonstrate the autonomy of existential damage and concluding the need for adequate evidentiary procedural instruction to allow full compensation for the damage of this type.

Keywords: Existential damage. Dignity of man. Procedural instruction.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o dano existencial, uma espécie própria da responsabilidade civil. A denominação surgiu na Itália, com seu primeiro pronunciamento declarado pela Suprema Corte Italiana, no ano 2000. Daí por diante, as situações que o originaram tiveram respaldo na necessidade de ressarcir os danos extrapatrimoniais e proteger os direitos da personalidade, posto que, a partir do momento em que esses direitos foram

¹ Acadêmica do 8º Período do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Trabalho de Conclusão de Curso sob a orientação do Prof. Alan Dias Barros.
E-mail: stephaniepachecocastro@outlook.com

reconhecidos, abriu-se espaço para amparar a sociedade das diversas espécies de danos que prejudicam o desenvolvimento regular da personalidade humana.

O dano existencial fere um “projeto de vida” e/ou a “vida de relação” do sujeito, conceitos que serão aprofundados ao decorrer do artigo. É um assunto que versa sobre direito da personalidade, sendo este o direito de defender o que nos é inerente. A sociabilidade é um dos nossos direitos próprios, os quais integram a nossa existência, donde adquirimos a permissibilidade das normas jurídicas para proteger um bem que nos é intrínseco e, a partir dessa premissa, buscar uma instrução processual adequada para tutelar essa nova espécie de dano.

Por ser um dano de natureza extrapatrimonial, muito se confunde com a modalidade de dano moral, todavia iremos abordar suas principais características para diferenciar essas duas categorias de danos, além de outras espécies integrantes da responsabilidade civil.

Por isso, como o objetivo principal da responsabilidade civil é ressarcir o dano, fazendo a vítima retornar ao *status quo ante* o quanto possível, moveu-nos no presente trabalho justamente revelar o escasso debate sobre o assunto, diante da falta de instrução processual adequada para tutelar o direito da personalidade, oferecendo contribuições para o aprimoramento do tema do dano existencial.

Portanto, é fundamental conhecer a origem, o conceito, a diferenciação e a forma abordada nos tribunais quanto ao dano existencial, a fim de obter uma correta instrução processual, para não haver prejuízo da vítima na tutela do seu direito e também no sentido de contribuir com a filtragem das novas espécies de danos que fomentam as demandas judiciais, sendo necessário definir o “quê” e “como” ressarcir um dano na exata medida do que ele se presta a tutelar, verificando-se o seu grau de relevância em nosso ordenamento jurídico.

O método utilizado para a realização desta pesquisa será o dialético, através de pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo; correlacionando o tema com a responsabilidade civil, os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana e o dano moral, em busca de uma postura crítica e contributiva para o assunto.

2 ORIGEM

A origem do dano existencial está diretamente ligada à valorização dos direitos da personalidade, tendo em vista a enorme promoção dada aos direitos fundamentais, inclusive dentro do direito civil. A Constituição por ser heterogênea, tem por escopo a pluralidade de direitos, de forma que, o nosso sistema jurídico não é constituído por relações lógicas,

notadamente identificáveis e sim por múltiplos elementos os quais precisam ser estudados para o melhor entendimento do cenário forense. Então, as relações civis começaram a dispor da normativa constitucional em sua seara, sendo algo relativamente novo essa convivência de leis, as quais expandem o campo de atuação da legislação civil, quebrando de maneira sofisticada, o pragmatismo da resolução dos conflitos sociais (BRAGA NETTO, 2010, p. 164).

Os direitos da personalidade reclamam por especial amparo no âmbito das relações privadas, por isso com a evolução histórica da tecnologia e do conhecimento, foi possível dar maior reconhecimento e proteção a esse direito fundamental (SCHREIBER, 2013, p. 13-14), sendo classificado desta forma, pois os direitos à honra, imagem e privacidade, consignados no Código Civil brasileiro, têm previsão expressa no art. 5º da Constituição de 1988 e os não explícitos são resultantes da dignidade humana, amparada pela nossa Constituição Federal.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma maior preocupação com os direitos humanos, tornando os direitos da personalidade mais relevantes. Sendo assim, essa influência humanitária alcançou também as constituições estatais, de modo que a personalidade começou a ser reconhecida como fundamental (RAMPAZZO, 2009, p. 25-26).

No Brasil, a Constituição de 1988 foi um passo à frente para o processo de redemocratização do nosso país contendo em seus artigos elementos suficientes para sobrepujar a discriminação, o totalitarismo e engrandecer a democracia (ATALIBA, 2011, p. 25). Como forma de dar eficácia a esses elementos, a Constituição consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que o ser humano seja tratado como um fim em si mesmo (FERNANDES, 2012, p. 298) e não como uma coisa.

Sendo assim, a responsabilidade civil foi um dos ramos do Direito que começou a evoluir, no sentido dessa busca por uma “justiça social na construção de uma sociedade solidária” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 3), fazendo com que as pessoas pudessem ter uma vivência mais digna.

O dano existencial é uma espécie própria da responsabilidade civil, posto que se submetem aos mesmos princípios (RAMPAZZO, 2009, p. 51), quais sejam: o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade e o *neminem leadere*². Por isso é importante saber como foi o processo histórico para que se pudesse chegar a essa configuração.

O princípio da dignidade humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição da República é base normativa para todos os direitos dirigidos à tutela do ser humano (BRAGA

² A ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem, é um dever negativo.

NETTO, 2010, p. 161), ou seja, é o alicerce do direito, sendo um dever para todos cumprir às normas editadas pelo constituinte (BOBBIO, 2011, p. 69). Por conseguinte, os direitos da personalidade, são direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal e a responsabilidade civil, ou qualquer outro ramo do direito deve ser pautado no comprometimento em efetivar esse princípio essencial.

Ao lado da dignidade humana, temos o princípio da solidariedade, aqui tratado, não no âmbito do art. 264 do Código Civil³, e sim numa esfera social, como um direito de terceira geração (FERNANDES, 2012, p. 313), cujo destinatário é toda espécie humana, compatibilizando com uma abdicação dos proveitos individuais em amparo ao coletivo. Esse princípio foi normatizado no art. 3º, inciso I, da Carta Constitucional, ao decretar que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988). Portanto, todas as pessoas devem viver em condições adequadas para o livre desenvolvimento de sua personalidade e de sua existência.

Por fim, o princípio do *neminem laedere*, que pode ser considerado a raiz da responsabilidade civil, aderindo à ideia de Carlos Alberto Bittar⁴, citado por Pablo Stolze e Rodolfo Filho (2014, p. 64), é a obrigação que nós temos de ter uma conduta negativa para não causar danos a terceiros. Assim, conforme Farias e Rosendal (2012, p. 123-124), quando há o descumprimento dessa obrigação, cria-se o dever de indenizar, pois o ordenamento jurídico não permite que a vítima tolere essa agressão.

Doravante, podemos concluir que o dano existencial se relaciona com o direito da personalidade, pois, como será demonstrado mais à frente, é um dano que atinge o livre desenvolvimento da personalidade, é causado por terceiros e acarreta o direito de indenização.

A origem do dano existencial é italiana. O Código Civil italiano, em seus artigos 2.043 e 2.059⁵, regulam a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais, respectivamente, então, os danos morais, no caso italiano, só são ressarcidos se houver previsão legal, principalmente da lei penal. Por isso existia uma dificuldade em proteger os danos imateriais advindo de ilícitos civis (RAMPAZZO, 2009, p. 42).

³ Art. 264 “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.” Código Civil Brasileiro, 2002.

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.16.

⁵ Art. 2.043 *Codice Civile*: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagione ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno.” [Qualquer fato doloso ou culposos, que cause a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano].

Art. 2.059 *Codice Civile*: “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.” [O dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados pela lei].

Primeiramente surgiu a nomenclatura “dano biológico”, que decorre do direito fundamental à saúde, garantia dada aos cidadãos italianos, então, além de proteger a integridade física, ampliou-se a ideia de dano biológico para tutelar outros danos, como os estéticos e da vida de relação⁶. E, no fim da década de 1990, iniciou-se a distinção sobre o conceito de cada tipo de dano extrapatrimonial, mas o dano biológico ainda abrangia os danos que afetavam a personalidade do prejudicado (RAMPAZZO, 2009, p. 43).

Quando prolatadas as sentenças 184, de 14.07.1986, da Corte Constitucional, e 500, de 27.07.1999, da Corte de Cassação, tutelaram o direito imaterial da personalidade. A denominação “dano existencial” só surgiu quando a Corte de Cassação italiana pronunciou a sentença 7.713, de 07.06.2000 (*Sezione Prima Civile*, Pres. Reale, Rel. Morelli), reconhecendo o direito de ressarcir o dano existencial (RAMPAZZO, 2009, p. 43).

Já na decisão n. 233, de 2003⁷, a Corte Italiana diferenciou os três tipos de danos extrapatrimoniais, quais sejam, o dano moral, biológico e o existencial, e definiu o dano existencial como um dano decorrente de uma lesão aos interesses inerentes da pessoa, ao desordenamento de sua rotina, diferenciando-se do dano biológico, o qual é um dano relacionado ao direito constitucional da saúde, um dano físico-psíquico (STURZA, 2008, p. 102).

A partir disso, houve uma evolução na responsabilidade civil italiana porque se conseguiu distinguir o dano existencial das demais espécies de dano, inclusive desvinculando-o do das hipóteses de dano biológico. Abrindo, desta forma, precedentes para que essa nova categoria de dano pudesse ser aplicada em outros países, como o que aconteceu no Brasil, conforme será demonstrado no decorrer do trabalho.

3 A CONCEITUAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

O dano existencial pode ser definido como uma espécie de dano extrapatrimonial que causa prejuízo a um projeto de vida de alguém, interferindo diretamente no desenvolvimento da personalidade da vítima, modificando o cotidiano da pessoa, causando um “vazio existencial”. Esse vazio é causado pelo fato do indivíduo ter que exercer suas atividades privadas ou sociais de outra forma, sendo uma renúncia involuntária (RAMPAZZO, 2009, p. 46) das próprias decisões quanto à vida profissional, amorosa e/ou familiar.

⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Prefácio. In RAMPAZZO, Flaviana Soares. Responsabilidade Civil por Dano Existencial, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. *Ibidem*.

O dano existencial influi diretamente na “vida de relação”, que é o contato (ou relacionamento) do sujeito com a sociedade, nas suas diversas formas, sejam nos relacionamentos com os familiares, amigos, cônjuges ou namorados, ou no impedimento de realizar atividades, como trabalhar, viajar, assistir uma peça de teatro, ir à praia (ALMEIDA NETO, 2010, p. 18).

A definição de “projeto de vida”, à luz dos conceitos atinentes ao dano existencial, envolve os planos traçados pela pessoa, cuja liberdade de escolher é prejudicada na incidência do dano, podendo variar quanto ao seu conteúdo, tais como concluir uma graduação, ter uma carreira profissional, constituir uma família, ter filhos, casar-se, namorar, fazer amigos e mantê-los para vida toda; como exemplos de projetos de vida que traçamos, muitas vezes, de maneira natural, devido à nossa necessidade de se relacionar com o próximo (DA FROTA, 2011).

O homem é um ser social, como aponta Aristóteles (2006), e por isso somos “animais políticos por natureza”, ou seja, destinados a viver em sociedade e nos diferenciamos dos demais animais pelo fato de termos a capacidade de saber as características das nossas ações e consequências delas, e a partir dessa noção que se constrói a família, que delineia nossa “vida de relação”, sendo uma tendência natural de o homem ter uma associação com alguém, ou com um grupo de pessoas.

Então, se um ato de terceiro, ilícito ou com abuso de direito, com duração provisória ou definitiva, de maneira irresistível faticamente, materialmente ou juridicamente, altera de forma involuntária a trajetória da vida de relação da pessoa, comprometendo a tendência natural do ser humano em conviver em sociedade, se está diante de um dano existencial. Portanto, a abstinência, o isolamento, o martírio, a falta de interação social, são fundamentos do dano existencial. Sendo importante ressaltar que, para gerar obrigação de indenizar na responsabilidade civil é preciso haver um dano, ou seja, uma lesão a um interesse jurídico tutelado, acarretado por ação ou omissão do transgressor (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 82).

O abuso de direito é um ato ilícito, recebendo o mesmo tratamento do Código Civil, como positivado no artigo 187⁸. Explica-se, na lição de Francisco Amaral (2008, p. 554), como sendo o “uso imoderado do direito subjetivo, de modo a causar dano a outrem”. Conforme o Enunciado n. 37 (aprovado na I Jornada de Direito Civil, em setembro de 2002),

⁸ “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

é uma conduta lícita, mas em desconformidade com o critério finalístico estabelecido pela norma, independe de culpa.

Os requisitos para o dano indenizável são: violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, a certeza do dano e a subsistência do dano, ou seja, ele deve existir no momento em que for exigido em juízo.

O dano existencial viola um interesse extrapatrimonial, qual seja, fere um direito da personalidade de uma pessoa física, sendo este um direito inerente ao homem, garantido constitucionalmente, e está relacionado aquele, pois a dignidade humana não pode englobar ou ser utilizada de maneira genérica para solucionar todos os conflitos que compreendem a condição humana. Na prática, existem diversas formas de se violar a dignidade da pessoa humana, sendo primordial singularizar cada caso.

Desta forma, quando fazemos alusão à violação de um direito da personalidade, estamos pormenorizando o princípio genérico. E o dano existencial integra os direitos da personalidade, na medida em que fere a vida social da pessoa, aspecto basilar do desenvolvimento da personalidade (SCHREIBER, 2013, p. 16); como se extrai do julgamento da Apelação Cível nº 39.515-5/6-00, do Tribunal de Justiça de São Paulo (BRASIL, 2009), em que o esposo da demandante sofreu um acidente de trabalho e ficou impotente sexualmente. Assim, a esposa entrou com ação ordinária por danos morais, pois teve que abdicar durante seis anos de sua vida para prestar assistência ao marido, além da inexistência de vida sexual, tudo por culpa da empresa ré, conforme reconhecido no acórdão. Nas palavras de Anderson Schreiber (2013, p. 16), “concluiu, assim, a corte que a autora tinha sofrido um dano autônomo” isto é, um dano existencial.

A lesão causada por um dano existencial é infungível (PORTUGAL, 2009), deste modo, não pode ser substituída por algo semelhante, que contenha as mesmas qualidades, que seja da mesma espécie, não tem como a pessoa retornar ao seu *status quo*.

No direito do trabalho, o exemplo que temos dos tribunais brasileiros é o ato ilícito do empregador que frustra o empregado de gozar de suas relações sociais externas ao ambiente laboral, como no caso da trabalhadora que se divorciou por prestar horas extras habituais (MACHADO, 2014), da economista que não teve férias durante nove anos (REIS, 2014) e o caso de um trabalhador que também tinha uma jornada excessiva de trabalho (BRASIL, TRT 9ª REGIÃO, 2014), afetando sua vida de relação.

No primeiro caso supracitado, foi fixado em acórdão (MACHADO, 2014) que o expediente da reclamante iniciava-se às 8h da manhã e encerrava às 20h, de segunda a sexta-feira, de 8 às 16h, aos sábados e em dois domingos ao mês, concluindo-se que a prestação de

horas-extras era habitual nos termos da súmula 172 do TST⁹. Decidiu-se também que a trabalhadora não exercia cargo de confiança, razão pela qual, tinha controle de jornada. Em consequência disso, a empregada se divorciou por não ter tempo para conviver com o marido, tendo a conduta abusiva do empregador privado-a da sua vida de relação afetiva.

Na segunda situação, a economista passou nove anos sem tirar férias, o que se tutelou, segundo o entendimento unânime da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, foi o direito às férias, o qual foi suprimido pelo empregador, causando assim, um dano à existencialidade, pois frustrou as relações sociais e familiares da trabalhadora ao ter o seu direito ao descanso reprimido, o qual é constitucionalmente garantido no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, refletindo claramente em seu projeto de vida, tendo renunciado involuntariamente a momentos felizes de sua vida.

No caso acima, podemos observar claramente uma coação jurídica e material irresistível. No direito individual do trabalho, o empregado é sempre hipossuficiente (CASSAR, 2014, p. 169), destarte, seria muito desvantajoso materialmente (perda do emprego e consequentemente do salário) e juridicamente (perda de direitos trabalhistas) que a empregada pedisse demissão por ter tido um direito violado; abrindo mão dos seus direitos duas vezes.

No último caso narrado, o trabalhador tinha carga de trabalho acima do limite legal, sendo um óbice ao desenvolvimento desprendido do projeto de vida do empregado e suas respectivas relações sociais, ou seja, não tinha o prazer de usufruir da sua liberdade extralaboral. Vólia Bomfim Cassar (2014, p. 635) alerta que, inclusive quando o empregado tem que compensar a jornada, essas horas extras devem ser ajustadas, porque qualquer hora extra ou folga, concedida sem prévio aviso ao empregado, este não tem condições de se organizar para o seu descanso, apartando os vínculos sociais e familiares e causando desgaste para o trabalhador, afinal, ele nunca vai ter certeza da disponibilidade de seu tempo após a sua jornada de trabalho normal.

Já na esfera cível, temos a situação de uma pessoa que é obrigada a prestar assistência contínua a um parente, vítima de um ato provocado por terceiro (RAMPAZZO, 2009, p. 65), ou como ocorreu com uma criança que com 10 anos, que descobriu ser portadora do vírus HIV, tendo sido contaminada após uma transfusão de sangue realizada em um hospital particular, afetando diretamente a vida dos pais e também a própria vida da criança que seria diferente se não fosse portadora do vírus, diminuindo sua qualidade e expectativa de

⁹ “Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas”

vida (BRASIL, 2005); isso seria um exemplo de uma situação fática irresistível, sendo impossível para vítima alterar o seu acontecimento.

Nessa condição, a criança fica totalmente limitada quanto às situações normais do dia-a-dia, obrigada a ingerir medicamentos, com efeitos colaterais diversos, sendo submetida à instabilidade da imunidade, além disso, observamos que, ao crescer e quiser ter um relacionamento amoroso, uma pessoa portadora do vírus HIV, sem dúvida alguma, pode ter relações sexuais, mas os cuidados e preocupações são muito maiores ao se relacionar com uma pessoa com HIV do que com uma pessoa sem o vírus, o que faz com que o paciente possa vir a sofrer preconceitos para conseguir um parceiro e consequentemente casar, ter filhos, inclusive exige-se um procedimento especial para as gestantes soropositivas, em resumo, tudo isso vai influenciar na vida de relação dessa criança no presente e no futuro (BRASIL, AIDS, 2014).

Também no direito de família há casos de dano existencial, tal como do cônjuge que, em razão de um ato ilícito de terceiro, fica impossibilitado de manter relações sexuais com o seu companheiro ou companheira. Além de causar um dano físico, gera também uma violação de um dever conjugal, equivalente ao exemplo supracitado (RAMPAZZO, 2009, p. 69).

O “Caso Pedrinho”, amplamente divulgado no nosso país, de um menino que nasceu no ano de 1986, em Brasília, e foi sequestrado por uma mulher que fingiu ser funcionária do hospital, tendo o registrado e criado como seu filho, inclusive, segundo depoimentos dos familiares da sequestradora, a mesma simulou uma gravidez na época para enganar o marido, que morreu sem saber da verdade. Então, o menino, já rapaz começa a conviver com sua família biológica, que teve sua rotina afetada por todo o tempo que passou esperando notícias do filho desaparecido e ele mesmo, que conviveu durante um longo período com uma “falsa família” e de repente teve que se adaptar e criar vínculo afetivo com seu novo núcleo familiar (FOLHA, 2014).

Assim, o dano existencial está configurado na medida, no caso, em que houve uma alteração na rotina da família e também do menino “Pedro”. A situação em apreço é de uma gravidade extrema, porque uma pessoa, subitamente, descobre que sua mãe, na verdade é uma criminosa, sequestradora, e que sua família sofreu por anos com sua ausência, alterando substancialmente a rotina e as relações interpessoais desse rapaz e da família biológica, tudo decorrente de um ato ilícito civil e penal da mãe adotiva.

Poderíamos falar também do caso da criança que é devolvida pelos guardiões ou pais adotivos à justiça, depois de um longo período de convivência familiar, atingindo diretamente a “vida de relação” dela, como no caso de uma menina, identificada como M., de 17 anos, que

foi adotada “de fato”, quando ainda quando bebê, por um casal de idosos e, quando tinha 12 anos de idade, a mãe adotiva de M. faleceu. Então, os filhos biológicos do casal só deram amparo ao pai, deixando a irmã adotiva em um abrigo logo após o velório (FRANZOLIN, 2010). Não resta dúvida da situação traumática que essa adolescente vivenciou, além de sérios danos a sua “vida de relação”, sendo ceifado também o seu direito de conviver com o pai adotivo.

Porquanto, qualquer criança adotada cria o “projeto de vida” de ter uma nova família e crescer e se desenvolver nela, quando acontece uma devolução, todo esse plano é frustrado. Ressalta-se que, nessa situação específica, está se considerando que houve um tempo substancial de convivência, e não apenas um curto período de adaptação entre o adotante e o adotado ou na ocorrência de adoção à brasileira ou guardas de fato¹⁰.

O dano existencial também interfere no direito ambiental (RAMPAZZO, 2009, p. 74), como acontecido no estado de Minas Gerais, em março de 2003, em que se deu um vazamento em uma indústria de papel (ALVES; SILVA; BERNSTEIN, 2014) e a população ribeirinha foi diretamente afetada na sua rotina e qualidade de vida, tiveram aulas suspensas, falta de abastecimento de água, a pesca foi proibida e os estragos foram, além disso, pontes e cercas também foram destruídas, gerando um enorme prejuízo de atividades não econômicas, alterou a vida de todas aquelas pessoas que em tempos hodiernos ainda sofrem as consequências.

Assim, é possível conceituar dano existencial como um dano a um “projeto de vida” e à “vida de relação”, não atingindo a esfera patrimonial e nem íntima da vítima, mas um direito da personalidade. É um direito imaterial que atinge a fruição da sua liberdade, prazer e principalmente as relações interpessoais, caracterizando-se por ser decorrente de ato ilícito de terceiro, ter cunho extrapatrimonial, e por ter uma certeza do dano (objetividade), além de ser personalíssimo.

4 O DANO EXISTENCIAL E AS DEMAIS ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

¹⁰ Adoção à brasileira é quando a mãe, via de regra, “dá” a criança para uma pessoa que ela escolhe, e essa pessoa registra o filho (a) como se dela fosse. Guarda de fato é quando a pessoa assume as obrigações de cuidado e educação da criança, sem qualquer autorização legal ou judicial.

O traço distintivo do dano existencial para outras categorias, como o dano moral, a perda de uma chance e o assédio moral, é bem sutil, sendo necessário fazer essa diferenciação para classificá-lo como uma categoria autônoma e modalidade jurídica distinta das citadas, em especial, do dano moral.

Inicialmente, cumpre acentuar que, por se tratar de um dano extrapatrimonial, não há maiores problemas quanto à diferenciação das espécies incontroversas de danos materiais, pois estes são fundadas na concreta e atual perda patrimonial da vítima, tal como ocorre no dano material puro, no dano emergente e nos lucros cessantes.

O dano material puro é aquele o qual ocasionou um prejuízo ao patrimônio daquele que tem seu bem protegido pelo ordenamento jurídico, contempla tanto os bens corpóreos, como o carro, a casa, os eletrodomésticos dentre outros, quanto os incorpóreos, por exemplo, os títulos de crédito, o direito de herança, o *know-how*¹¹ e o direito autoral. Pode alcançar o patrimônio momentâneo, como, também, o futuro, qual seja o lucro cessante ou o dano emergente.

Lucro cessante é aquilo que a pessoa deixou de ganhar e dano emergente é o que ela efetivamente perdeu. Um taxista que sofre um acidente e fica uma semana sem trabalhar, terá direito aos lucros cessantes baseado naquilo que ele ganha durante esse período de tempo quando está trabalhando normalmente e ao mesmo tempo será indenizado por um dano emergente se for dada perda total ao seu carro (bem corpóreo) ou se a perda for parcial, a indenização será proporcional ao prejuízo.

Já em relação à perda de uma chance, é aplicada, tanto para danos morais como para danos materiais (BRASIL, 2010 e BRASIL, 2008), e pode ser considerada como uma subespécie de dano emergente (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 102), ou seja, a pessoa deixa de ter acesso a uma oportunidade material com isso, já destoando do dano existencial, o qual o sujeito não tem acesso à uma oportunidade de convivência e de socialização (não tem cunho material), sendo impedido de realizar projetos de vida.

Como bem definiu Sérgio Cavalieri (2014, p. 155), a indenização deve ser pela perda da chance de obter um benefício e não pela perda do próprio benefício, o que se ressarce é a oportunidade perdida e não o dano final. Já no dano existencial a indenização é para um dano final, o que a pessoa realmente perdeu, não há uma probabilidade de dano, há uma certeza e objetividade dele.

¹¹ Conhecimento técnico científico da indústria.

Aparentemente, o dano existencial e o dano moral são iguais, mas há diferenças cruciais que os distinguem e que vão influenciar sobremaneira na coleta de provas nas respectivas ações judiciais. Em primeiro plano, o dano moral ofende a honra, a imagem, a privacidade e a esfera íntima da pessoa (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 107-108), existe um sentimento de dor e sofrimento da vítima, o que não acontece no dano existencial, o qual não atinge a esfera íntima da pessoa, mas exatamente o oposto, prejudica a relação do sujeito com a sociedade e não o seu psicológico ou o seu interior.

No dano moral não há uma alteração da rotina da pessoa. Pode ocorrer que ela tenha dificuldades para executar suas tarefas (RAMPAZZO, 2009, p. 99) em face de um constrangimento de cunho psicológico, mas não existe nenhum impedimento, de fato, para que ela realize duas atividades. Contudo, no dano existencial esse impedimento existe e foi causado por um terceiro interveniente, que realmente atrapalha ou impede o desenvolvimento da “vida de relação” e do “projeto de vida da pessoa”.

A responsabilidade civil contemporânea tem como princípio o favorecimento das vítimas, de modo a reparar o dano e a onerar a sua reparação pelo seu causador (HIRONAKA, 2011, p. 41), são os *punitive damages* (SHREIBER, 2013, p. 19), ou seja, indenização punitiva. Aderindo à ideia de Giselda Hironaka (2011, p. 41), na transcrita lição de Caio Mário da Silva¹², o progresso da responsabilidade civil no Direito Brasileiro está respaldado na utilidade de ressarcir as vítimas, fazendo com que a doutrina e a jurisprudência avancem frente aos Códigos, cujos preceitos são óbices para o desenvolvimento e aplicação da justiça.

No Brasil, o direito positivo é ilimitado, ou seja, há uma cláusula aberta de dano, sem necessidade de previsão legal para ressarcir-lo (WESENDONCK, 2011), diferente do que ocorre no direito italiano, em que os danos morais, só são ressarcidos se houver previsão legal. Em geral, os julgados dos tribunais pátrios apenas subdividem os danos em materiais e morais, sendo o dano moral o principal representante dos danos extrapatrimoniais.

A origem do dano existencial se deu na Itália e a Decisão nº 6.572 proferida pela Corte de Cassação em 24 de março de 2006 (*Sezione Unite*) diferenciou o dano moral do dano existencial pelo critério deste não ser fundada na natureza íntima e emotiva da pessoa, sendo esse o primeiro tratamento de um julgado que diferenciou as duas espécies de dano¹³.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. III. p. 362

¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. Prefácio. In RAMPAZZO, 2009.

Nos tribunais brasileiros as primeiras aparições do termo “dano existencial” se deram na esfera trabalhista, como no caso do rapaz que prestava horas extras habituais acima do limite legal ou da não concessão de férias pelo período de dez anos.

Na própria ementa os respectivos relatores deixaram claras a diferenciação de dano existencial e moral; confira-se:

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. (BRASIL, TRT 9ª REGIÃO, 2014).

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. (Processo nº: 727-76.2011.5.24.0002 *In REIS*, 2014).

Porém, de maneira geral as aparições do tema são confundidas pelo conceito de dano moral, sendo este o tratamento dado pela jurisprudência brasileira, conforme o célebre caso “Escola Base”, ocorrido no ano de 1994, em que os sócios e o motorista de uma escola infantil do Estado de São Paulo foram acusados de abuso sexual contra crianças (BRASIL, 2002).

No caso, o Delegado de Polícia declarou publicamente que os suspeitos do crime eram realmente os culpados, e a partir dessa afirmação por parte da autoridade pública a escola encerrou suas atividades e houve depredação do prédio. Além disso, os acusados foram vítimas de ameaças de morte e sofreram privações econômicas e sociais (RAMPAZZO, 2009, p. 86).

O relator para acórdão, Ministro Franciulli Netto, transcreveu um trecho da inicial em que os autores reproduzem uma passagem de monografia escrita por aluno de direito do curso da USP, em que ele descreveu a vida dos demandantes após oito meses da divulgação da notícia, e ao citar a situação de Cida, uma das autoras, disse o seguinte: “Cida viu desmoronar o projeto de toda a vida. Desde cedo sonhara com a escolinha.” (BRASIL, 2002). Ou seja, além de configurar um dano moral, também houve um nítido dano existencial, não tendo sido reconhecido como uma nova categoria, pelo fato de tratar tudo como dano moral.

O ponto positivo da decisão é que foi reconhecida a importância de tutelar o dano ao “projeto de vida”, apesar de ter sido tratado como dano moral, mas, na verdade, o que ocorreu foram danos materiais, morais e existenciais. Então, isso mostra que a falta de instrução processual adequada, na maioria dos casos, faz com que o dano existencial não seja tutelado da maneira correta desde o início. No caso específico, sendo essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, em grau recursal, é possível concluir que não houve uma correta instrução processual para tutelar desde logo o dano existencial nas instâncias inferiores, não sendo mais possível para a Corte analisar provas.

Flaviana Rampazzo (2009, p. 95), explica o julgado de um condomínio que foi condenado a pagar danos materiais, morais e estéticos, para uma costureira que caiu no fosso do elevador, pois a cabine não estava no andar. Houve a constatação da culpa do condomínio, sendo este condenado a pagar pensão vitalícia no valor de 12,5% sob o percentual dos rendimentos da vítima. Com a queda a senhora ficou com problemas de coluna e outros membros superiores, prejudicando movimentos inerentes à profissão. O marido e o filho também entraram com ação de indenização, mas pediram somente danos morais, os pedidos deles foram rejeitados sob o argumento que o esposo era aposentado e mecânico para complementar a renda familiar, no entanto, foi obrigado a paralisar suas atividades externas para cuidar da esposa e realizar os afazeres domésticos, portanto, concluiu o relator do acórdão, tal situação não gerou dano moral.

Entendemos por correta a exposição do relator do caso, na medida em que, na situação em apreço, realmente não houve um dano moral para o marido, e, sim um dano existencial, pois, em virtude de ato ilícito ou abuso de direito de terceiro, sua “vida de relação” e seu “projeto de vida” foram alterados. Entretanto, não houve tutela do dano, tendo em vista a carência de instrução processual adequada apta à tutelar o dano existencial. Ficando a vítima prejudicada e ferindo o princípio do favorecimento das vítimas, em que se busca sempre ressarcir o dano e onerar o ofensor.

Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça julgou o caso de um policial de 24 anos, que ficou tetraplégico após ser atingido por um tiro disparado pela segurança do banco (funcionário de uma empresa terceirizada). Na ocasião, ambos tentavam evitar um crime dentro da agência bancária e a instituição financeira alegou ilegitimidade passiva, por não ter culpa do ocorrido, sendo de total responsabilidade da empresa contratada. O STJ afastou essa possibilidade, tendo em vista que a responsabilidade pela segurança das agências bancárias é da própria instituição financeira. A Ministra relatora, Nancy Andrigli, destacou como esse fato modificou a vida e a rotina deste rapaz, ao ter sido privado de realizar praticamente todos os atos de sua vida sozinho, citando, por exemplo, ir ao banheiro, beber água e até mesmo pegar o filho pequeno no colo; ou seja, alterou substancialmente a “vida de relação” dele e sua qualidade de vida; acrescentando a Relatora ser tal situação, inclusive, mais grave que a perda de ente querido (BRASIL, 2007).

No caso em apreço, houve um claro dano existencial, que foi erroneamente denominado de dano moral, mas o que se critica não é a questão da denominação, e sim a falta de tratamento probatório próprio para o dano existencial, fazendo com que o seu conceito e ressarcimento pareça ser o mesmo do dano moral.

Yussef Cahali dedicou um tópico do seu livro intitulado “Dano Moral”, para tratar do tema “frustração do projeto existencial” (2011, p. 194-197), confirmando a tese de o dano existencial ser um dano autônomo e indenizável. Classifica-o, o mesmo autor, como um dano futuro-certo, com uma profundidade que provoca na pessoa agravada a perda do sentido da vida, sendo, dessa forma, um dano mais grave que o dano moral.

Outra modalidade de dano extrapatrimonial em foco na contemporaneidade é o assédio moral. De acordo com a cartilha sobre assédio moral e sexual no trabalho, disponibilizada em 2013, pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), este pode ser caracterizado como atos desumanos e sem ética nas relações de trabalho, praticados, em regra, pelo chefe contra seus subordinados. É uma exposição vexatória do trabalhador em seu ambiente laboral, enquanto está exercendo as suas atividades, sendo uma violência moral. Essas atitudes destinam-se a menosprezar, desclassificar desestabilizar emocionalmente e profissionalmente a relação da vítima com o ambiente de trabalho, colocando em risco a saúde, a vida e o emprego do trabalhador assediado. Um dos objetivos é o pedido de demissão ou demiti-lo por insubordinação (MTE, 2014).

A violência moral fomenta o desconcerto emocional, interfere na dignidade e identidade da pessoa humana, modifica os valores e causa danos psicológicos, é um sofrimento solitário, gera um trauma. As reações de homens e mulheres são distintas,

enquanto aqueles sentem raiva, e vontade de vingança, essas choram e têm mágoas, mas em ambos os sexos ocorre uma baixa na autoestima.

Exemplos de assédio moral são: a ridicularização do empregado frente aos colegas; ameaças constantes de perda do emprego; demitir o trabalhador enquanto ele está de férias; repetir a ordem de uma tarefa simples várias vezes até instabilizar o seu emocional; mandar executar tarefas acima ou abaixo da capacidade do empregado, com o intuito de humilhação e espalhar boatos sobre a sua moral.

Destoa-se do dano existencial tendo em vista o caráter moral, os aspectos de sofrimento, as alterações psicológicas na baixa autoestima evidenciadas no assédio moral e no dano existencial não há esse tipo de mudança quanto à esfera íntima da pessoa. Ademais, no assédio moral há um *animus* do superior hierárquico em menosprezar e haver uma demissão (seja voluntária ou por insubordinação), já no dano existencial quando há uma carga excessiva de trabalho, o empregador não tem essa vontade de desestabilizar, muito menos de estimular diretamente uma demissão, ele está visando o lucro em primeiro lugar ao explorar o funcionário.

O dano à vida privada, a honra, a intimidade ou ao segredo, também são danos extrapatrimoniais que divergem do dano existencial. O primeiro, conforme Elimar Szaniawski (2005, p. 291) consiste no direito de ter paz e tranquilidade em sua vida, preservar sua intimidade do interesse público. A pessoa tem o direito de conduzir a vida da maneira que lhe for mais conveniente, não precisa de uma fiscalização externa de atos que lhe são íntimos. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (Paris), em seu artigo 12¹⁴ (NUNES, 2009, p. 86), principiou essa proteção à vida privada, diferindo-a do dano existencial por não existir uma alteração da rotina e por ter ligação direta com a integridade moral.

O dano à honra, a intimidade e ao segredo, objetivam tutelar a aferição moral, intelectual ou profissional da pessoa frente à sociedade. Honra são as qualidades que a pessoa acredita ter construído ao longo da vida, é uma visão de si mesmo quanto aos próprios predicados e a elaboração de um “conceito sobre si”, envolve uma construção a partir da vivência de cada um, principalmente da cultura, seria uma manifestação subjetiva da honra, pois tem cunho interno. A honra objetiva, e, portanto, externa, é o que a outras pessoas

¹⁴ Art. 12. “Ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

pensam sobre o alguém, baseado nas relações sociais. Em resumo, atinge a alma da pessoa, afinal, ninguém quer ter sua reputação questionada ou julgada por outrem.

Os direitos à intimidade e o segredo protegem o indivíduo da opinião alheia, e acompanhando o entendimento de Elimar Szaniawski (2005, p. 300) ao citar Pontes de Miranda, o direito à intimidade é contra a intromissão de terceiros que podem vir a divulgar ou espionar fatos da vida particular da pessoa, obtidos de maneira ilícita, enquanto o direito ao segredo, as informações disseminadas teriam sido obtidas licitamente e a pessoa tinha a obrigação de não compartilhar os dados.

5 O DANO EXISTENCIAL E A DEVIDA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

O dano existencial como já dito no presente trabalho, tem um traço distintivo sutil de outras categorias de danos extrapatrimoniais, e, portanto, cria-se a problemática de sua identificação e consequente instrução processual adequada para indenizar esse dano, tendo em vista que os tribunais brasileiros ainda não abordam o tema com certa clareza. Consoante já diferenciamos, em tópico anterior, o dano existencial é uma categoria autônoma das demais espécies de danos extrapatrimoniais, restando apenas abordar a problemática da instrução processual adequada para ressarcir-lo.

Os danos extrapatrimoniais precisam ser tutelados, sobretudo partindo da concepção constitucional, afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana “é uma cláusula geral de tutela da personalidade humana” (SZANIAWSKI, 2005, p. 143). Sendo assim, superada a ideia de culpa na responsabilidade civil e da redução patrimonial para aferir um dano como ressarcível ou não, iniciou-se o reconhecimento para proteção dos interesses existenciais, com consagração do art. 1º, III, da Constituição Federal (SCHREIBER, 2011, p. 719-720).

Com a velocidade das informações, avanços tecnológicos e aprimoramento das relações sociais, surgem os conflitos proporcionalmente ao crescimento e desenvolvimento da população, ampliando, substancialmente, a capacidade de criar danos e alargando as esferas da responsabilidade civil.

Devido a essa expansão de danos e excessiva proteção aos direitos da personalidade, começaram a surgir inúmeras demandas judiciais para buscar um ressarcimento às custas de qualquer mero dissabor. O dano moral foi o mais popularizado, e por isso, hoje há a criação de novos tipos de danos com o fim de corroborar para factual eficiência na tutela desses danos

(SCHREIBER, 2012, p. 178), os quais diferem do dano moral, mas não impedem a cumulação.

É imprescindível que se faça um filtro desses novos danos, pois o ressarcimento do dano é corolário de uma correta constatação de que houve uma violação aos legítimos interesses tutelados. Tal verificação não pode ser abstrata, pois se reivindica um direito certo face à conduta lesiva (SHEREIBER, 2012, p. 187).

O dano existencial é um novo tipo de dano e merece uma instrução processual adequada para sua correta constatação. Para isso, é necessário, em primeiro lugar se abster de considerar tudo apenas como dano moral, pois, se assim o fizermos, estaremos ressarcindo de maneira errônea ou incompleta a lesão sofrida pelo demandante. À vista disso, a responsabilidade civil em sua evolução, começou a se preocupar com a reparação dos danos efetivos a interesses não mais abstratos, mas sim, visíveis dentro do nosso ordenamento. Portanto, não se pode mais caracterizar qualquer espécie de dano, como moral, pois seria fragilizar a importância do real interesse tutelado.

Anderson Schreiber (2011, p. 191-192) atenta para o fato de o Juiz não ficar mais adstrito aos pressupostos de culpa e nexo causal, como forma de justificativa para se indenizar um dano ou não. Os novos paradigmas da responsabilidade civil apontam para a o poder discricionário do magistrado em analisar quais são os objetos jurídicos concretamente tutelados e assim ressarcir o dano.

Porém, essa discricionariedade judicial dada aos juízes resulta na proliferação da chamada “indústria do dano moral”. O emprego da palavra “indústria” reflete uma ideia de produção artificial de algo, visando o lucro. Na realidade brasileira, as ações de danos morais, via de regra, não enriquecem ninguém. Todavia, não se justifica fazer a limitação dos valores das indenizações, embasando tal medida unicamente no fato de existir o uso exacerbado de demandas judiciais pleiteando danos morais, como propõe o Projeto de Lei nº 150/1999 (BRASIL, SENADO, 2014) que pretende fixar tais limites, dividindo o dano moral em categorias por gravidade (leve, médio e grave) e estipulando quantias máximas para cada uma. Até porque, a indenização tem como objetivo punir o agente e evitar que ele reproduza a conduta com outras pessoas e também desestimular a repetição do mesmo ato pela sociedade.

A solução mais válida para desacelerar essas demandas, concordando aqui com a sugestão dada por Shreiber (2011, p. 191-192), é objetivar a responsabilidade civil, pois a precisa verificação do dano é a única forma de filtrar e selecionar as demandas de indenização.

Então, o dano existencial não pode ser visto como mais um novo tipo de dano que pretende abarrotar o judiciário e estimular essa indústria das demandas de responsabilização, e sim, como mais uma solução a evitar que tudo seja classificado como dano moral, até mesmo, sendo um filtro para seleção dessas demandas.

Por isso, é importante ter uma instrução processual adequada para essa categoria autônoma de dano. A instrução que se dá hoje nos processos de danos morais é a exigência da comprovação do fato lesivo que gerou dano, juntamente com a prova de quem o causou. E nas palavras de Sérgio Cavalieri (2014, p. 116), “*o dano moral existe in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo”, ou seja, a presunção é natural. Então, como acentua Schreiber (2011, p. 204), o Juiz analisa objetivamente e concretamente, se houve uma lesão (como, por exemplo, o uso de expressões difamatórias à honra em meios de comunicação), mas se a vítima particularmente vai sofrer ou lamentar-se, isso são questões subjetivas que não irão interferir teoricamente na aferição do dano, mas ajudarão na quantificação da indenização.

Como o caso da atriz Maitê Proença, que teve imagens não autorizadas divulgadas por revista diversa da contratada, com o corpo desnudo. Porém, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que não houve a configuração de danos morais, pelo fato da autora ser bonita e fundamentou no seguinte argumento: “só mulher feia pode se sentir humilhada (...) em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas”. O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2000) reformou a decisão, pois o dano se configurou a partir do momento do uso desautorizado das imagens (SCHREIBER, 2012, p. 203).

Isto posto, podemos concluir que na instrução processual do dano moral, parte-se da premissa da presunção do sofrimento, da dor e da angústia, decorrente da experiência comum, em que, de maneira geral, um homem médio se sentiria ofendido (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 116).

Já na seara do dano existencial, não há esse tipo de presunção quanto à esfera íntima da pessoa, até porque, como já dito anteriormente, esse dano prejudica a relação do sujeito com a sociedade e não o seu psicológico ou o seu interior.

Portanto, a instrução processual deve ser adequada a provar que ocorreu uma efetiva alteração da rotina da vítima, em virtude da interferência de terceiros na trajetória dos planos traçados por si, demonstrando que houve uma renúncia involuntária para realização de suas atividades e que o ato de terceiro é ilícito ou um abuso de direito.

Obviamente, é imprescindível que se observe em primeiro lugar os requisitos dispostos no art. 282 do Código de Processo Civil¹⁵, principalmente os fatos e fundamentos jurídicos do pedido. A parte demandante deve demonstrar como ocorreu o dano existencial, preenchendo seus requisitos acima listados, expondo juridicamente os elementos que compõem essa nova modalidade de proteção ao direito da personalidade.

As condições da ação também são fundamentais para a formação processual, a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*, com a totalidade desses pressupostos poderá se exigir o provimento jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 280).

São legitimados para pedir o ressarcimento por dano existencial, o ofendido direto do dano ou por ricochete¹⁶, que entendem ter sido vítimas de um ato ilícito praticado por terceiro. Então, mesmo sendo um lesado indireto, se tiver sofrido um dano ao seu interesse jurídico relevante, tutelado por nosso ordenamento, terá legitimidade ativa.

A pessoa precisa apresentar suas informações pessoais, idade; sexo; escolaridade; profissão; salário ou remuneração; estado civil; se tem filhos ou não; pois o Juiz precisa conhecer as condições pessoais da vítima, para se o pedido for julgado procedente, o *quantum* indenizatório ser em consonância com os traços particulares do ofendido (RAMPAZZO, 2009, p. 141).

Importante, também, é descrever a rotina da pessoa antes e após o dano, as reais alterações no modo de executar as atividades, para que o julgador possa ter noção da dimensão causada pelo dano e possibilitando o direito do contraditório para a parte adversa. Deve-se deixar claro que, a pessoa fez uma escolha ou não teve a opção de fazê-la, e um terceiro interferiu na trajetória da vítima, de modo que, a vida da pessoa seguiria seu rumo ou teria um destino diferente, se aquele ato ilícito ou abuso de direito praticado por outrem, não tivesse atrapalhado o desenvolvimento da sua personalidade causando um “vazio existencial”, frustrando seu “projeto de vida” e “vida de relação”, bases do dano existencial, tanto que, sem a frustração desses projetos não há dano.

¹⁵ Art. 282 - A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

¹⁶ Na lição de Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona Filho: “Dano Ricochete consiste no prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima, ligada à vítima direta da atuação ilícita”. *op. cit.* p. 96.

O pedido deve ser pela condenação do ofensor e genérico quanto à quantia indenizatória, conforme o art. 286, II, do Código de Processo Civil¹⁷, pois não existe uma especificação determinando o valor das indenizações por danos extrapatrimoniais. O autor pode sugerir um valor, indicando as razões, mas não deve fixar um valor mínimo (RAMPAZZO, p. 142), porque, como dito anteriormente, não se pode tabelar o valor das indenizações.

Logo, na instrução processual do dano existencial, deve haver a prova do ato ilícito ou abuso de direito, que o gerou e a efetiva comprovação da alteração no “projeto de vida” ou “vida de relação” decorrente da conduta do ofensor. Por exemplo, ao conceituar o dano existencial no presente trabalho, citamos o caso da mulher que se divorciou por carga excessiva de trabalho (MACHADO, 2014), nesta situação, conseguiu-se comprovar que a causa do divórcio foi realmente a ausência da esposa no lar e consequente afastamento de seu cônjuge, refletindo diretamente na sua “vida de relação” e seu “projeto de vida”. Mas, poderia ser que realmente a esposa tivesse uma carga excessiva de trabalho, todavia o que tivesse gerado a separação fosse motivo diverso, já estaria desconfigurado dano existencial por este motivo, sendo indenizada apenas em relação aos seus direitos trabalhistas.

Ou na outra situação, também abordada neste trabalho, a esposa que pleiteou danos morais em virtude de ter abdicado por seis anos de sua vida para prestar assistência ao marido, vítima de um acidente, tendo este ficado impotente sexualmente. Se nesse caso, a esposa não tivesse prestado assistência e nem o acidente tivesse causado a impotência sexual, também não seria hipótese de dano existencial, restringindo-se aqui as alegações feitas ao caso concreto.

Quanto à constituição de provas pela parte adversa essa deve observar os limites da vida privada do indivíduo, são provas ilícitas a implantação de escutas em conversas telefônicas; gravações clandestinas¹⁸; porém poderá utilizar-se, por exemplo, de fotos postadas nas redes sociais; testemunhas. Tudo depende da origem da prova, se foi obtida de maneira lícita ou não.

¹⁷ Art. 286 - O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: (...)

II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito;

¹⁸ Conforme Elimar Szaniawski, gravações clandestinas são aquelas em que a voz e/ou a imagem são captadas sem o conhecimento da pessoa que aparece na gravação. Normalmente se utiliza aparelhos disfarçados ou ocultos. (2005, p. 372)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto anteriormente, é possível concluir pelo reconhecimento da categoria autônoma do dano existencial dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, ressaltar a necessidade de uma instrução processual própria para essa nova categoria de dano, como forma de tutelar corretamente o direito à indenização.

Os danos extrapatrimoniais devem ser tutelados, por integrarem o princípio da dignidade da pessoa humana e também pela concepção mais humanitária dada nos últimos anos, para proteger interesses imateriais e não só os materiais.

Ao definir amplamente dano extrapatrimonial como sinônimo de danos morais transformou essa modalidade de dano em uma fonte tecnicamente vasta que suporta todas as pretensões de proteção aos mais diversos tipos de danos imateriais. Por isso precisa-se de um novo conceito mais específico de dano ressarcível, permitindo uma escolha criteriosa e objetiva dos interesses merecedores de tutela indenizatória.

De modo que a tutela da pessoa humana precisa delinear-se com características próprias, em virtude do progresso dos estudos sobre os danos causados ao ser humano. Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana precisa ser pormenorizado, para efetivação da proteção de interesses concretos.

Ao conceder autonomia para o dano existencial, estamos particularizando qual foi a lesão sofrida que atingiu a dignidade da pessoa humana, pois não basta uma arguição vazia de ferimento, para se ter uma reparação integral pelo dano sofrido é necessário caracterizá-lo, demonstrando estar presente os requisitos do dano existencial, quais sejam, a alteração da rotina, do “projeto de vida” e/ou “vida de relação” decorrente de uma renúncia involuntária, motivada por um ato ilícito ou abuso de direito de terceiro.

Apesar de alguns julgados indenizarem o dano ao “projeto de vida”, constatamos, ao mesmo tempo, o risco apresentado quando acontece uma incorreta identificação do tipo de dano, principalmente na ocasião de classificar como dano moral e assim deixar de tutelar o dano existencial, pois pode haver um dano existencial, sem que haja um dano moral. Não restando prejudicada a possibilidade de cumulação de ambos.

Assim, da mesma forma que no direito italiano houve a independência do “dano biológico” ao ser desvinculado das hipóteses de dano existencial, no presente trabalho também diferenciamos dano moral de dano existencial, e apresentamos as peculiaridades dessa espécie, com o intuito de possibilitar uma tutela processual real do mesmo, mostrando

que devem estar presentes as condições da ação, a demonstração do dano sofrido através dos dados pessoais, descrição da rotina e prova do ato ilícito ou abuso de direito do ofensor.

Portanto, é indispensável uma instrução processual adequada e direcionada para tutelar essa nova modalidade de proteção ao direito da personalidade agora sob a forma do dano existencial, para que a responsabilidade civil cumpra o seu objetivo de reparar o dano e favorecer as vítimas, de modo a onerar ao causador a sua reparação, evitando que ele cometa o mesmo ato, além de desestimular a prática de tal conduta ilícita ou com abuso de direito pela sociedade.

É possível, portanto, concluir pela necessidade da divulgação dessa nova modalidade de dano, para que os nossos tribunais possam julgar de maneira mais clara e objetiva; possibilitando ao julgador uma visão mais concreta da situação, respeitando a amplitude que a demanda judicial comporta; afinal, com uma instrução processual adequada, as partes terão maior objetividade e respaldo para fundamentar suas indagações e os juízes as suas respectivas decisões.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves. **Dano Existencial - A tutela da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/.../DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 01 set. 2014.

ALVES, Veronica Bomfim de Souza; DA SILVA, Jonas E.; BERNSTEIN, Any. **Impactos do acidente na Indústria de Papel e Celulose Cataguases, no Rio Paraíba do Sul.** Disponível em: <<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/meioambiente/0040.html>>. Acesso em: 28 set. 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 39.515-5/6-00**, Rel. Gonzaga Franceschini. Nona Câmara de Direito Público. Data do Julgamento: 19/08/2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4083120&cdForo=0&v1Captcha=vyhtj>> Acesso: 03 de out. de 2014.

BRASIL. **Código Civil**, 2002. Código civil. 19 ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Brasília: Senado Federal, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 37**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

BRASIL. **Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais. Portal sobre aids, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites virais**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/duvidas-frequentes>>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 de janeiro de 1973, **Diário Oficial da União** de 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. Ministério Trabalho e Emprego. **Cartilha Assédio Moral**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3CB9D387013CFE571F747A6E/CARTILHA_ASSEDIOMORALESEXUAL%20web.pdf> Acesso em: 09 out. 2014.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 150/1999**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1459>. Acesso em: 12 out. 14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.079.185/MG**, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma. Data do Julgamento: 11/11/2008 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1079185&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 set.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 270.730/RJ**, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 19/12/2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001>. Acesso em: 13 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 351.779/SP**, Rel. Min. Eliana Calmon. Relator para acórdão Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Data do Julgamento: 19/11/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101127779&dt_publicacao=09/02/2004>. Acesso em: 13 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 605.671/RS**, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Data do Julgamento: 15/12/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20051215+e+%40DTDE+%3C%3D+20051215&livre=%28%22ALDIR+PASSARINHO+JUNIOR%22%29.min.&processo=+605671&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 22 ago.14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 821.004/MG**, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma. Data do julgamento: 19/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22SIDNEI+BENETI%22%29.min.&processo=821004&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 951.514/SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do julgamento: 04/10/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3385064&num_registro=200700939554&data=20071031&tipo=51&formato=PDF>. Acesso: 06 out. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (9ª Região) - Paraná. **Dano Existencial**, Processo nº: 28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=5663813&procR=AAAS5SADEAAJ4JIAAU&ctl=14307>. Acesso em: 01 set. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9 ed. Método: São Paulo, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DA FROTA, Hidemberg Alves. **Noções Fundamentais sobre o dano existencial**. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/322011.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 14.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Direitos das obrigações. v. 2. 6 ed. JusPodivm: Salvador, 2012.

FERNANDES, Gonçalves Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FRANZOLIN, Cláudio José. **Danos Existenciais à Criança decorrentes de sua devolução à justiça pelos guardiões ou pelos pais adotivos**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3955.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade civil pressuposta: Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, MAMEDE Gladston, da ROCHA, Maria Vital (Coordenadores). **Responsabilidade Civil Contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

MACHADO, Juliano. **Trabalhadora que teve o casamento prejudicado por exigência de jornadas muito extensas deve ser indenizada por dano existencial**. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=9410>>

52&action=2>. Acesso em: 22 jul. 2014.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Direitos da personalidade: Em busca de modos preventivos de proteção.** In EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Organizadores). Leituras complementares de Direito Civil. Salvador: Juspodivm, 2010.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Pedrinho está "processando as informações", diz pai biológico. **FOLHA online.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u63304.shtml> Acesso em: 27 set. 2014.

PORTUGAL. **Tribunal da Relação do Porto.** Acórdão de 28 de setembro de 2009. Processo nº 518/06.1TTOAZ.P1 Relatora: Desembargadora Albertina Pereira Porto. Data do Julgamento: 31 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/89f98413823bf7c4802576c600503c48?OpenDocument>>. Acesso em: 28 set. 2014.

REIS, Ricardo. **Economista que passou nove anos sem férias será indenizada por dano existencial.** Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/economista-que-passou-nove-anos-sem-ferias-sera-indenizada-por-dano-existencial Acesso em: 01 set. 2014.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, MAMEDE Gladston, DA ROCHA, Maria Vital (Coordenadores). **Responsabilidade Civil Contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa.** São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil.** Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. O Futuro da Responsabilidade Civil: um Ensaio sobre as tendências da Responsabilidade Civil Contemporânea. In RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, MAMEDE Gladston, da ROCHA, Maria Vital (Coordenadores). **Responsabilidade Civil Contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa.** São Paulo: Atlas, 2011.

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

STURZA, Janaina Machado. **O Direito à Saúde na Sociedade Contemporânea: a figura do dano biológico na Itália e a proteção à saúde no Brasil.** Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2008/janaina_machado_sturza.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

WESENDONCK, Tula. **O dano existencial nas jurisprudências italiana e brasileira- um estudo de direito comparado**. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5ff3/6073/6a90?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 06 set. 2014.