

## A EFETIVIDADE DA TUTELA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS EXISTENCIAIS E OS NOVOS DANOS

*Boechat Cabral<sup>1</sup>*

### RESUMO

A relevância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inserida na maioria das constituições democráticas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dá origem a uma especialíssima tutela à personalidade e aos direitos a ela inerentes. Os direitos ditos existenciais, assim entendidos como aqueles relativos à personalidade humana, decorrentes do respeito à pessoa e sua dignidade, tem merecido especial relevo, sobretudo a partir do crescente movimento de constitucionalização do Direito Civil. Surge, então, uma nova e ampla gama de direitos para os quais antes não se admitiu ou mesmo se perseguiu reparação, os chamados novos danos. Cumpre destacar que são eles espécies do gênero dano moral. Nessa perspectiva, buscou-se demonstrar a necessidade de se imprimir efetividade a esses interesses, uma vez que a tutela de direitos reclama instrumentos capazes de criar mecanismos que a garanta e a efetive. Seguindo essa esteira, a responsabilização civil passa a desempenhar um relevante papel para a efetivação desses direitos, através de seu duplice caráter reparatório-inibitório, impondo, por um lado, a reparação por parte do agente que viola os interesses existenciais, e, por outro, criando mecanismos capazes de desestimular esse infrator à reincidência. Necessário, ainda, atentar para a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que a responsabilidade civil instrumentalize o acesso à Justiça, de maneira a promover a efetividade da tutela constitucional dos direitos existenciais, através de uma sentença justa, e, em tempo hábil a evitar o perecimento do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** princípio da dignidade da pessoa humana; violação; responsabilidade civil; acesso à justiça.

### RESUMEN

La relevancia del principio constitucional de la dignidad de la persona humana, inserida en la mayoría de las constituciones democráticas a partir de la Declaración de los Derechos Humanos, da origen a una especialísima tutela a la personalidad y a los derechos a ella inherentes. Los derechos dichos existenciales, entendidos como aquellos relativos a la personalidad humana, decurrentes del respeto a la persona y su dignidad, tienen merecido especial relevo, sobretudo a partir del creciente movimiento de Constitucionalización del Derecho Civil. Surge, entonces, una nueva y amplia gama de derechos para los cuales antes no se admitió o mismo se persiguió reparación, los llamados nuevos daños. Cumpre

---

<sup>1</sup> BOECHAT CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco. Professora universitária de Direito Civil do Curso Jurídico, Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata, Argentina; Especialista em Direito Privado; Especialista em Direito Público; Especialista em Educação; membro do corpo editorial da Revista Eletrônica Conexão Acadêmica; advogada inscrita na OAB/RJ sob nº 134442. E-mail hildeboechat@gmail.com

destacar que son especies del genero daño moral. En esa perspectiva, se buscó demostrar la necesidad de imprimirse efectividad a esos intereses, una vez que la tutela de los derechos reclama instrumentos capaces de crear mecanismos para garantizar y realizar. En esa tabla, la responsabilización civil pasa a desempeñar un relevante papel para la efectividad de esos derechos, a través de su doble carácter reparador e inhibitorio, imponiendo, por un lado, la reparación por parte del agente que viola los intereses existenciales, y, por otro, creando mecanismos capaces de desestimular a ese infractor a la reincidencia. Necesario, aun, atender para la aplicación de los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad, a fin de que a responsabilidad civil instrumentalice el acceso a la Justicia, de forma a promover la efectividad de la tutela constitucional de los derechos existenciales, a través de una sentencia justa, y, en tiempo hábil a evitar o perecimiento del derecho.

**PALABRAS-LLAVE:** principio de la dignidad de la persona humana; violación; responsabilidad civil; acceso a la justicia.

*Sumário: 1. Introdução. 2 A Atual Perspectiva da Responsabilidade Civil e a Tutela Constitucional dos Direitos Existenciais. 2.1 Conceito de Direitos Existenciais. 2.2 A Atual perspectiva da Responsabilidade Civil e a violação dos direitos existenciais. 3. Os Novos Danos. 3.1 As novas manifestações de Dano: contornos e exemplos. 3.2 Expansionismo dos Direitos Existenciais. 4. A Efetividade da Tutela da Dignidade da Pessoa Humana. 5. Conclusão.*

## **1 Introdução**

O mundo moderno tem presenciado um movimento de crescente valorização da pessoa humana, desenvolvendo programas que requerem como resultado posturas de solidariedade e respeito aos semelhantes. Tal preceito se encontra contextualizado no ideal da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que tem por escopo promover o bem-estar das pessoas inseridas em uma determinada sociedade, visando ao cumprimento, pelo homem, dos ideais inspirados no princípio da solidariedade social, em relação aos seus iguais.

Tal movimento de valorização da pessoa humana e de sua dignidade, assinala Barcellos<sup>2</sup>, foi promovido, sobretudo, pela influência de quatro fases históricas. Teve início na Era Cristã, a partir dos ensinamentos através dos quais Jesus pregava solidariedade e piedade, ensinando ao homem a amar o próximo como a si mesmo, o que se coaduna com o conceito de igualdade essencial, pela qual não se faz acepção de pessoas. Mais tarde, o movimento Iluminista-Humanista marca nova fase de valorização da pessoa. A seguir, Kant e suas obras com novas influências no mesmo sentido. Por derradeiro, o momento histórico pós-guerra, é marcado por inúmeras manifestações em reação às atrocidades

---

<sup>2</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Renovar. 2ed. São Paulo: 2008, p. 122-126.

cometidas contra a pessoa, sobretudo durante a segunda guerra mundial, especialmente no que respeita à dizimação dos judeus, pelos alemães.

Tem início uma nova era, cujo marco é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que passa a influenciar a grande maioria das constituições contemporâneas, passando estas a inserirem em seus textos a proteção à dignidade da pessoa humana, que ganha, então, a expressão de princípio norteador dos Estados democráticos de direito, nessa perspectiva, passando a ser um viés de conduta, capaz de pautar todas as ações humanas neste Estado garantidor.

## **2 A Atual Perspectiva da Responsabilidade Civil e a Tutela Constitucional dos Direitos Existenciais**

A Constituição de 1988, a exemplo de outras do mundo moderno, elaboradas após a eclosão da questão social, colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico, transformando seus direitos no viés axiológico de todo o Direito.<sup>3</sup>

Nessa perspectiva, os danos existenciais, entendidos como danos morais decorrentes de ato ilícito de terceiro, capazes de restringir, afetar ou causar lesão aos interesses existenciais ou ao seu exercício, passam a representar uma esfera de direitos que uma vez violados, devem obrigar o agente que o praticou a reparar o dano experimentado pelo ofendido.

### **2.1 Conceito de Direitos Existenciais**

À guisa de conceituação, tem-se que direitos existenciais correspondem àqueles inerentes à pessoa humana<sup>4</sup>, compreendendo o amplo universo de interesses relativos à pessoa e à sua dignidade. Assim, a expressão refere-se a todo o espectro de direitos inerentes ao ser humano, que protegidos pela Constituição, passam a merecer, sob o foco

---

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. Atlas. 8ed. São Paulo: 2008, p. 79. Sobre esse assunto comenta o autor: “Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos”.

<sup>4</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Atlas. São Paulo: 2007, p.85.

da visão constitucional do direito civil, especial tutela, sendo a sua proteção estrela de primeira grandeza.

Cavaliere<sup>5</sup> comenta que “direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana”. No mesmo sentido, Farias e Rosenvald comentam que a dignidade é a cláusula geral dos direitos da personalidade.<sup>6</sup>

Assim, constitui uma cláusula aberta, principiológica<sup>7</sup>, capaz de abarcar outros direitos ainda não discutidos e contemplados como tal.

O legislador constituinte elencou a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil, elevando-a a valor de extrema grandeza, dispondo-a logo no artigo 1º, inciso III, o que “demonstra sua precedência – não apenas topográfica, mas interpretativa – sobre todos os demais capítulos constitucionais”<sup>8</sup>.

Evidentemente, ao dispor a dignidade de maneira tão elevada, colocou o legislador a personalidade e suas emanações como valor de inigualável importância. Ao atribuir tratamento de tamanha primazia à personalidade e os direitos a ela inerentes, a Constituição demonstra especial preocupação com a pessoa humana e a tutela de seus direitos.

Leciona Perlingieri: “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela.”<sup>9</sup>

## 2.2 A atual perspectiva da Responsabilidade Civil e a violação dos direitos existenciais

A responsabilização civil nasce da noção de que se alguém, por ato ilícito, culposo (*lato sensu*, culpa ou dolo), comissivo ou omissivo, causar prejuízo a terceiro, assume a

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. Atlas. 8ed. São Paulo: 2008, p. 80.

<sup>6</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil – Parte Geral. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro: 2007, p.116.

<sup>7</sup> ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil. Saraiva, 1ed. São Paulo: 2007, p. 51 e 52. Sobre esse assunto, o autor comenta: “A dignidade atua como cláusula aberta, legitimando a construção de direitos não expressos na Lei Maior, mas com ela compatíveis em razão de sua linha axiológica e principiológica.

<sup>8</sup> ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil. Saraiva. 1ed. São Paulo: 2007, p.35.

<sup>9</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Renovar. 3ed. São Paulo: 2007, p. 155, 156.

obrigação de reparar o dano por ele experimentado. Tal obrigação, apresenta, em regra, a coexistência de quatro pressupostos: a conduta ilícita do agente, a culpa no agir, o nexo de causalidade (liame entre a conduta e o dano) e o resultado danoso. Esse dano pode ser patrimonial ou moral, conforme a natureza do bem jurídico tutelado e que foi violado pelo agente.

Sempre que são violados direitos existenciais ou da personalidade, é importante destacar, trata-se de dano moral que, pela sua natureza, não incide sobre o patrimônio, mas afeta a própria pessoa, em sua esfera psicofísica. O ato ilícito capaz de incidir sobre um direito da personalidade, desrespeitando-o, restringindo-o, ou impedindo o seu exercício, enseja reparação civil, obrigando o agente causador a reparar o dano sofrido por outrem, seja através do arbitramento de um valor pecuniário, seja mediante tutela específica.

Quanto ao dano patrimonial ou material, já restava consagrado na doutrina e jurisprudência a sua ressarcibilidade. Porém, no Brasil, o dano moral, somente mais tarde, com o Estado-Social, marcado de maneira mais expressiva pela vigente Constituição e pelo movimento de constitucionalização do direito civil, passa a ser reconhecido e apreciado com a devida atenção.

A visão constitucional do Direito Civil acarretou profundas conseqüências, com significativos desdobramentos na responsabilidade civil. A partir da especial proteção à personalidade e aos direitos a ela inerentes, surge um amplo universo de interesses merecedores de tutela, reconhecendo como danos, o que, até então, sequer eram considerados juridicamente como tais.<sup>10</sup> Essa proteção é tão relevante que permite a não aplicação da lei quando se percebe que ela afronta os interesses existenciais. Nesse sentido, salienta Perlingieri que há juristas que não aplicam a lei quando esta desrespeita a pessoa humana.<sup>11</sup>

A tutela desses direitos existenciais tem revolucionado a responsabilidade civil, como leciona Schreiber:

O reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução. A consagração da dignidade humana como valor fundamental das constituições do último século,

<sup>10</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Atlas. São Paulo: 2007, p. 86.

<sup>11</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito civil Constitucional. Renovar. 3ed. São Paulo: 2007, p. 3. Comenta o autor: “O jurista é aquele que interpreta, individua e aplica as leis: no momento em que as desaplica, exerce uma atividade, às vezes, historicamente louvável, mas diversa daquela de jurista. Entretanto, mesmo esta argumentação tem naturalmente os seus limites. Basta considerar a não sujeição de alguns juristas ao Poder Legislativo quando este não atendeu ao essencial e mínimo respeito à pessoa humana.”

associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial. Embora de forma diferenciada, cada sistema jurídico passou, gradativa ou subitamente, a conceder reparação a lesões de interesses existenciais.<sup>12</sup>

### 3 Os Novos Danos

#### 3.1 As novas manifestações de Dano: contornos e exemplos

Ao se falar em novos danos, passa-se a impressão de se estar tratando de lesão a bens jurídicos diversos daqueles já tutelados pelo ordenamento. Na verdade, os chamados novos danos compreendem o universo de situações oriundas do desdobramento de lesões a direitos da personalidade, que antes não eram tratadas como tais, dada a sua peculiaridade. Isso porque a liberdade, a honra, a intimidade e a privacidade já eram bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, mas em relação às suas diferentes manifestações, não eram apreciadas de forma a efetivar esses direitos existenciais agasalhados na cláusula geral da tutela da personalidade, que encontra fundamento no art. 1º, III da Constituição Federal.

Tem-se então como novos danos aqueles que, partindo de direitos existentes e já consagrados, ramificam-se em extensão e profundidade, trazendo a julgamento pelos juízes e tribunais, questões nunca antes discutidas como fatos a ensejar reparação.

Como já comentado, a expressão “novos danos” refere-se a um universo de conseqüências danosas, oriundas da violação a direitos da personalidade, que sequer eram apreciados como danos, sendo negada sua ressarcibilidade, de forma direta ou indireta<sup>13</sup>.

Prossegue o aludido autor, exemplificando os “novos danos” nos tribunais “ao redor do mundo”: Na Itália cita o dano à vida de relação, o dano pela perda de concorrencialidade, o dano por redução de capacidade laboral genérica e o dano sexual. No Tribunal de Veneza o nascimento não programado de filho em razão de falha na cirurgia de esterilização. Tribunal de Milão reconheceu o dano existencial de emissão de ruído (perturbações das normais atividades a que cada sujeito tem direito). A Corte de Justiça da Comunidade Européia acolheu o dano das férias arruinadas (má execução dos serviços no contrato de uma viagem de turismo). Ainda na Europa, reconheceu-se o dano de *mobbing*, dano de

<sup>12</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Atlas. São Paulo: 2007, p. 87-90

<sup>13</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Atlas. São Paulo: 2007, p. 85, 86.

processo lento, dano de brincadeiras cruéis. No Brasil, dano de rompimento de noivado, de separação após notícia de gravidez, abandono afetivo, dano-morte. Em diversos países do mundo, a morte de animal doméstico merece indenização em bases assustadoramente semelhantes à morte de pessoas.

Acrescenta ele alguns casos polêmicos: na Itália, o “dano da moto nova”; na França “nascimento de filho com grave deficiência física” (decorrente de rubéola contraída na gravidez); nos Estados Unidos, “danos emocionais decorrentes do fracasso esportivo” (pai processa treinador de time juvenil de beisebol, após perder todas as partidas da temporada). No Brasil, repercutiu a ação de uma adolescente que foi barrada em um baile de gala, por estar com traje inadequado, o juiz julgou desfavoravelmente, questionando o valor humano da demanda<sup>14</sup>.

Acrescenta Moraes<sup>15</sup> alguns outros exemplos, ainda no Brasil: seguradora condenada a indenizar pelas dificuldades que o segurado encontrou para consertar seu veículo acidentado; diagnóstico equivocado e falta de sensibilidade do médico ao comunicar a suposta doença; danos materiais e morais decorrentes de rompimento de noivado, pelo noivo, às vésperas da cerimônia de casamento.

### 3.2 Expansionismo dos Direitos Existenciais

O problema mais atual reside no fato de que a dignidade humana não se limita, nem poderá se limitar, como cláusula geral que é, a interesses restritos. O seu conteúdo é abrangente, incluindo aspectos diversos da pessoa humana, que vêm enriquecendo, se alargando, articulando e diversificando cada vez mais, num crescente expansionismo.<sup>16</sup>

Comenta Moraes que se amplia desmesuradamente o rol dos direitos da personalidade e adotando-se a tese de personalidade como valor, todas as vezes que se tentar enumerar as novas espécies de danos, a tentativa irá falhar, pois sempre haverá uma nova hipótese<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Ação Ordinária nº 075.99.009820-0, 11.07.2002, site [www.cojur.com.br](http://www.cojur.com.br), apud SCREIBER, ibden, p. 93.

<sup>15</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à Pessoa Humana – uma Leitura Civil-Constitucional dos danos Morais. Renovar. 3 tiragem. São Paulo: 2007, p. 167-169. No 1º ex., STJ, REsp. 257.036, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 12.09.2000; no 2º, STJ, REsp. 241.373, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 14.03.2000; no 3º, TJRJ, Ap. Cível 00.117.643, Rel. Des. Humberto Manes, julg. em 17.10.2001.

<sup>16</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Atlas. São Paulo: 2007, p. 86.

<sup>17</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à Pessoa Humana – uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Renovar. 3 tiragem. São Paulo: 2007, p. 166.

Schreiber comenta que “às figuras mais comuns de dano não-patrimonial (dano à integridade psicofísica, dano estético, dano à saúde etc) vem se somando outras de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática”.<sup>18</sup> Isso porque não há ainda na doutrina uma classificação formal capaz de agrupar esses novos danos, nem satisfatória definição e dimensão desses.

Segundo Moraes, a cláusula geral de tutela à pessoa humana é direito fundamental, visa proteger a pessoa, em suas múltiplas características, naquilo “que lhe é próprio”.<sup>19</sup> Assim, tem-se um universo inesgotável de situações, que sendo próprias, inerentes à pessoa humana merecem a devida proteção legal.

Tem-se reconhecido na jurisprudência contemporânea, um sem-número de direitos que até então não eram categorizados como tais, sequer mereciam análise pelos tribunais. Esses direitos vêm crescendo, ampliando-se, alargando sua esfera, de forma a surgir a cada novo dia, uma série de novos direitos. Isso porque, conforme leciona Perlingieri, “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites [...]”<sup>20</sup>

Ademais, é de se observar que a tutela psicofísica das garantias penais é muito mais restrita do que aquela contida na órbita cível, sendo a segunda apta a preservar um âmbito muito maior de hipóteses de interesses existenciais, conforme comenta Moraes<sup>21</sup>.

Em face de tantas novas manifestações de direitos da personalidade, fato que se constitui forte indicador desenfreado crescimento desses novos danos, faz nascer um certo temor de que, indiscriminadamente, todo e qualquer desgaste emocional venha a ser configurado como dano à personalidade, o que acarretará uma situação de incontidas causas judiciais a serem analisadas e julgadas, abrindo caminhos outros, que não aqueles desejados e buscados pelo ordenamento jurídico e pelos ideais de justiça, igualdade e solidariedade que permearam a elaboração da Lei Maior, em 1988.

As sucessivas demandas trazem como consequência, a preocupação quanto aos limites e proporções que possa assumir a responsabilidade civil a partir dessa nova realidade.

---

<sup>18</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Atlas. São Paulo: 2007, p.87.

<sup>19</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana – uma Leitura Civil-Constitucional dos danos* Morais. Renovar. 3 tiragem. São Paulo: 2007, p. 128.

<sup>20</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito civil Constitucional*. Renovar. 3ed. São Paulo: 2007, p. 156.

<sup>21</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana - uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos* Morais. Renovar. 3ª tiragem. São Paulo: 2007, p. 93. Comenta a autora: “No princípio da proteção à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade [...]”



Nesse sentido, comenta Schreiber:

Esta avalanche de ‘novos danos’, se, por um lado, revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela dos aspectos existenciais da personalidade, por outro, faz nascer, em toda parte, um certo temor – antevisto por Stefano Rodatà – de que ‘a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência.’<sup>22</sup>

As presentes considerações trazem à baila a grande preocupação em relação aos limites da responsabilidade civil, uma vez que ao perseguir obsessivamente um provimento jurisdicional favorável, pessoas inescrupulosas formulam petições que chegam ao Judiciário com muito pouco ou nenhum conteúdo, frívolas, não merecedoras de tutela, seja pela inexistência do fato narrado (o que ensejaria litigância de má-fé), seja pela insignificância do desgaste pelo qual passou o autor. Em ambos os casos, situações em que se tem acionado todo o aparelho estatal do Poder Judiciário com uma questão que longe está de merecer proteção jurídica.

Tais situações consagram, na prática, um verdadeiro vale-tudo, uma busca desenfreada na qual se lançam certas pessoas, objetivando amealhar dinheiro fácil, trazendo como consequência natural o enriquecimento injustificado, tão enfaticamente vedado pelo ordenamento jurídico. Esta tem sido a preocupação de muitos operadores do direito em relação à atual perspectiva da responsabilidade civil: não banalizar as causas de justificável tutela, empreendendo esforços no sentido de proteger o bem jurídico que faça jus à proteção, contudo, sem exceder os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, movimentando toda a engrenagem do Estado-Juiz para julgar uma causa cujo objeto não merece tutela.

#### **4 A Efetividade da Tutela Constitucional**

A efetividade da tutela se refere a mecanismos de defesa e proteção que se prestam à garantia de determinado direito ou bem jurídico de natureza diversa, protegido pelo ordenamento jurídico, quer pela Constituição, quer por outras estruturas legislativas. Segundo lição de Barroso:

---

<sup>22</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Atlas. São Paulo: 2007.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.<sup>23</sup>

Salienta, ainda, a importância das garantias para a efetividade dos direitos constitucionais:

Para que as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição possam efetivamente realizar-se, é preciso que sejam dotadas de garantias políticas, sociais e jurídicas. Vale dizer: são imprescindíveis instituições, atitudes e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando abstrato da norma.<sup>24</sup>

Assim, a tutela somente se efetiva quando os instrumentos colocados à disposição de garanti-la funcionam de forma eficaz. Nesse aspecto, cumpre destacar a importância da responsabilidade civil e do acesso à Justiça como instrumentos colocados à disposição do cidadão, na busca pela efetivação de seus direitos.

Alguns doutrinadores estabelecem distinção entre acesso ao Judiciário e à Justiça. No primeiro caso, corresponde ao conceito de direito abstrato de ação, à possibilidade de se ajuizar uma demanda judicial, que é inerente a todo cidadão; no segundo, à obtenção de um provimento jurisdicional de mérito, que seja justo e tempestivo, assegurando a obtenção do direito, do bem da vida perseguido em juízo. Nesse sentido, comenta Barroso que o Estado tem um dever jurídico em relação aos direitos constitucionais e, em face de violação, nasce para o titular desse direito, uma pretensão a ser exercida por meio de uma ação judicial.<sup>25</sup>

Saliente-se que há de se observar o duplice caráter da responsabilidade civil: o compensatório, que visa reparar o dano em relação à vítima; e o inibitório, que objetiva desestimular o agente à reincidência. Nesse sentido, leciona Stoco<sup>26</sup>:

A indenização da dor moral há de buscar duplo objetivo: condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, **desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes**, e, com relação à vítima, **compensá-la pela perda** que se mostrar irreparável [...].  
(negrito nosso)

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Renovar. 9ed. São Paulo: 2009, p.82, 83.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Renovar. 9ed. São Paulo: 2009, p. 287.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Renovar. 9ed. São Paulo: 2009, p. 288.

<sup>26</sup> STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Revista dos Tribunais. 6ed. São Paulo: 2004, p. 1684 e 1685.

No mesmo sentido, comenta Silva<sup>27</sup>: “A reparação do dano deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Mister destacar a importância da tutela específica, consistente em fazer com que o ofensor, através da adoção de determinada conduta, restabeleça ao ofendido a situação anterior à lesão, reequilibrando sua condição. Trata-se, aqui, de situações nas quais o juiz determina que o ofensor repare o dano de forma a restabelecer o estado anterior à ocorrência da lesão, como por exemplo, decidir que a vítima seja submetida a sucessivas cirurgias estéticas, às expensas do ofensor, até que desapareçam as cicatrizes. Ainda, como exemplo, sentencie que aquele que pichou o muro realize pessoalmente a limpeza e a nova pintura do mesmo.

Evidentemente, que para buscar a reparação civil, o indivíduo precisa se valer, quase sempre, da via judicial, uma vez que, na maioria dos casos concretos, não se obtém acordo entre o causador do dano e o ofendido.

Para a consecução de um efetivo direito em via judicial, é indispensável que haja uma facilitação de mecanismos, colocada à disposição dos sujeitos de direito, a fim de que possam alcançar, de fato, esse acesso à Justiça.

Barcellos<sup>28</sup> comenta a importância do acesso à Justiça para a efetivação dos direitos:

Em um Estado de direito [...] não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. [...] A previsão constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV) é a etapa fundamental para a garantia jurídica do acesso à Justiça, inviolável por qualquer poder constituído no âmbito do Estado.

A responsabilização civil busca resgatar o equilíbrio, impondo que os direitos existenciais sejam observados, cumpridos, sob pena de fazer com que o agente que o fere ou restringe, violando-os, seja obrigado a reparar o dano experimentado por aquele que o sofreu.

O que se busca, então, não são teorias, nem fórmulas, mas efetividade. A efetividade da tutela da personalidade está estreitamente relacionada à responsabilização civil, uma vez que esta instrumentaliza a defesa de tais direitos, impondo ao agente que os viola, a obrigação de reparar o dano, sendo o acesso ao Judiciário e à Justiça, o meio hábil a

<sup>27</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares. Disponível em [www.intelligentiajuridica.com.br](http://www.intelligentiajuridica.com.br), acesso em 10/02/09.

<sup>28</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Renovar. 2ed. São Paulo: 2008, p.325.

garantir essa efetividade, nos casos em que o dano decorrente da violação aos direitos existenciais não for reparado voluntariamente pelo agente causador.

## 5 Conclusão

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, consagrado como tal no art. 1º da Carta Magna de 1988 e que, igualmente, inspirou outras constituições modernas, exige o respeito aos direitos existenciais, que, em síntese, correspondem aos direitos emanados da personalidade humana, da condição especial de pessoa.

A observância desse princípio, que assume contorno de cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, erigido à máxima importância, passa a admitir uma série de amplos direitos, cuja violação origina uma série de novos danos, não antes reconhecidos como tais pelo ordenamento jurídico. Esses danos, inseridos na categoria de dano moral, vem reclamar especial tutela à qual o ordenamento jurídico se lança a oferecer tutela.

Seguindo essa linha de raciocínio, o ordenamento jurídico se propõe a desenvolver mecanismos capazes de tutelar, proteger os direitos dessa natureza, fato pelo qual a responsabilidade civil se reveste de especial importância.

É indispensável que sejam observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que não se banalize a responsabilidade civil, contudo, não se lançando ao outro extremo, igualmente maléfico, que corresponderia ao estímulo a demandas frívolas, não merecedoras de tutela, dada sua insignificância, cujo único objetivo é auferir indevido benefício, promovendo o enriquecimento sem causa, tão repudiado pelo ordenamento jurídico.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que a efetividade dos direitos existenciais deve ser garantida pelo Poder Judiciário, do qual não se pode afastar lesão ou ameaça a direitos de quaisquer natureza. Esse órgão é o responsável, em última análise, por imprimir eficácia às normas, na medida em que se desenvolvem mecanismos que instrumentalizam a consecução do direito, como, por exemplo, a responsabilização civil, em seu duplice caráter: reparatório, compensando o dano em relação ao ofendido; e, inibitório, desestimulando o ofensor à reincidência naquela prática. Além da reparação civil, cumpre ainda ao Estado promover a facilitação do acesso à Justiça, através de um provimento jurisdicional meritório justo e tempestivo, a fim de assegurar o direito garantido à tutela

dos interesses existenciais, cumprindo os ideais de justiça e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, neste Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Renovar. 2ed. São Paulo: 2008, 380p.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Renovar. 9ed. São Paulo: 2009, 410p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. Atlas. 8ed. São Paulo: 2008, 577p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil – Parte Geral. Editora *Lumen Juris*. 6ed. Rio de Janeiro: 2007, 683p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana – uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Renovar. 3 tiragem. São Paulo: 2007, 356p.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito civil Constitucional. Renovar. 3ed. São Paulo: 2007, 359p.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil. Saraiva. 1ed. São Paulo: 2007, 222p.

SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Atlas. São Paulo: 2007, 262p.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Revista dos Tribunais. 6ed. São Paulo: 2004, 2.203p