

**A NECESSIDADE DE UM VERDADEIRO OLHAR CONSTITUCIONAL SOBRE A AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS IMATERIAIS**

*THE NEED FOR A TRUE CONSTITUTIONAL LOOK AT THE ACTION FOR RECOVERY OF IMMATERIAL DAMAGE*

**Daniela Courtes Lutzky<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O sentimento da insuficiência do Direito Civil para regular os danos oriundos da violação dos direitos de personalidade é o argumento para quem defende que os institutos de que dispõe até o momento o Direito Civil não conseguiram coibir nem reduzir a prática de novos ilícitos. Muito se resolve quando se aceita que a questão radica no fato de que a Constituição Federal tem um grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado. O decisivo é saber qual é o modo mais seguro de garantir a aplicação e a efetividade da ação de reparação de danos, em especial dos imateriais, e se um olhar *verdadeiramente* constitucional sobre o tema não muda a problemática.

**Palavras-chave:** Ação de Reparação de danos. Danos imateriais. Código Civil. Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The sense of failure of Tort Law to regulate damages derived from the violation of personality rights is the argument of those who advocate that the institutes available to Tort Law, until now, have not been able to either restrain or reduce the practice of new wrongful acts. Much is resolved when one accepts that the issue is rooted in the fact that the Federal Constitution occupies a higher rank than the Private Law regarding the hierarchy of norms. It is decisive to know the safest way to guarantee both the enforcement and the effectiveness of the action for recovery of damages, particularly the immaterial ones, and whether a *truly* constitutional look at the theme is able to change the issue.

**Keywords:** Damage lawsuit. Immaterial damages. Civil Code. Federal Constitution.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A necessidade de um *verdadeiro* olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais; 2.1. Fundamentos jurídicos e legais; 2.2 Do uso de preceitos da interpretação sistemática do Direito para a ação de reparação de danos, na Constituição Federal, alcançar o resultado pretendido. 3. Conclusão. 4. Referências.

<sup>1</sup> Doutora em direito pela PUC/RS. Professora da Escola de Direito da PUC/RS. orcid 0000-0002-3275-8540. E-mail: daniela@jaegeradv.com.br.

## 1. INTRODUÇÃO

À medida que a sociedade fica mais complexa e só fazem aumentar as violações às pessoas, novas situações passam a exigir proteção jurídica adequada, pertinente, eficaz e condizente com os direitos tutelados. Outrossim, o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a consagração da tutela de interesses existenciais, conquistas da Ciência contemporânea, ampliaram o objeto protegido pelo Direito em face da atuação lesiva, o que conduz ao pensamento de que a violação de direitos constitucionalmente protegidos merece uma *verdadeira* proteção constitucional.

Os direitos de personalidade, que têm origem no Direito Civil, foram elevados à dimensão constitucional, porém a tarefa do Código Civil de 2002 era a de codificá-los, proporcionando uma adequada regulação da matéria, mas este objetivo ainda segue sem implementação plena no âmbito do Direito Civil brasileiro codificado. Em outras palavras: a matéria dos Direitos da Personalidade ainda recebe uma disciplina tópica e pontual. A realidade é que se surgem novos direitos de personalidade, igualmente aparecem novos danos imateriais e, com estes, a urgência da respectiva reparação.

O instrumento do ressarcimento dos danos e da responsabilidade civil, embora adaptado às exigências da vida moderna, demonstra-se, frequentemente, inidôneo, impõe-se, portanto, uma revisão nos próprios fundamentos da responsabilidade civil tradicional, que não oferece solução adequada aos inúmeros problemas trazidos pela sociedade moderna. O que se denota, portanto, é que resta expressa a insatisfação da responsabilidade civil como posta hoje, de forma a tutelar os direitos de personalidade, razão mais do que suficiente para se apostar em uma mudança, nem que seja a começar pela mudança de pensamento.

O sentimento da insuficiência do Direito Civil para regular os danos oriundos da violação dos direitos de personalidade é o argumento de muitos, para quem os institutos de que dispõe até o momento o Direito Civil não conseguiram coibir nem reduzir a prática de novos ilícitos; assim, o Direito, que deve servir à vida e ter uma utilidade prática, já que feito por pessoas e para pessoas, deve amoldar-se às novas necessidades, para solver os conflitos oriundos de uma nova ordem social. Muito se resolve quando se aceita que a questão radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo.

Verifica-se uma inadequação das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo Direito Privado, consubstanciadas na doutrina dos chamados direitos da personalidade,

pois os mecanismos de proteção apresentam-se aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico”.

Percebe-se, portanto, que na seara do Direito Civil-Constitucional é notável a insuficiência de seus institutos, mormente da responsabilidade civil, no seu âmbito de atuação, para um verdadeiro apaziguamento social por suas tradicionais funções.

A inserção dos direitos de personalidade no Direito Civil resta ainda justificada, pelo fato de que tal Direito é o depositário dos princípios gerais do Direito, e toda a matéria comum às várias disciplinas é deixada para o Direito Civil, mas, principalmente, por ser atribuição dessa disciplina jurídica o estudo da pessoa e da personalidade, e pelo fato de a responsabilidade civil do ofensor aos direitos da personalidade do ofendido ser, também, tutelada pelo Direito Civil.

A pergunta que urge nesse momento é: precisa continuar sendo assim para sempre, sendo que a própria Constituição prevê a reparação dos danos por lesões a esses direitos? Não seria bastante razoável que juntamente com os direitos que são tutelados aparecessem as normas que permitem e, mais do que isso, que exigem a sua reparação? Por que deixar parte para o Direito Civil e parte para a Lei Maior, se tudo pode estar engrenado, tratado unido e de forma sistemática? Se os direitos de personalidade, ausentes no Código Civil de 1916, e *parcialmente* presentes no Código Civil de 2002, foram assim admitidos no Brasil por força de construções doutrinárias embasadas em leis especiais e na Constituição, então porque não admitir que são aqueles previstos na Lei Maior e que isso basta, da mesma forma que a previsão da reparação na *Lex Mater*, igualmente é o que faz sentido? O que o texto busca é apresentar respostas a esses questionamentos.

## **2. A NECESSIDADE DE UM VERDADEIRO OLHAR CONSTITUCIONAL SOBRE A AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS IMATERIAIS**

A Lei Fundamental de um país expressa as relações de Poder nele dominantes, como é o caso do Poder Militar, representado pelas Forças Armadas, do Poder Econômico, representado pela grande indústria e pelo capital, e do Poder Intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. Assim, “as relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo

com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de Poder. Esses fatores reais de Poder formam a Constituição real do país”<sup>2</sup>.

Deve-se levar em conta que “o Direito mudou”: se, antes, o Direito servia apenas de mecanismo de contenção, de controle e de conservação, hoje, ele também exerce uma “função promocional”<sup>3</sup>.

Os primeiros direitos de personalidade surgiram da oposição entre indivíduo e Estado, que são os direitos à vida, à liberdade e à integridade física. No entanto, com o aumento populacional das cidades, com o crescimento dos meios de comunicação, com o avanço tecnológico, outras expressões do direito de personalidade emergiram, mas, agora, para proteger o indivíduo da intervenção lesiva de outros particulares. Não se pode negar que a evolução do Direito Positivo e da doutrina conduzem ao reconhecimento, a cada dia, de novos direitos de personalidade. Cediço concluir, portanto, que, se surgem novos direitos de personalidade, igualmente aparecem novos danos imateriais — com estes, a urgência da respectiva reparação. Para Paulo de Tarso Sanseverino<sup>4</sup>, “a reparação do dano injustamente causado constitui uma exigência de Justiça Comutativa, como já fora vislumbrado por Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, devendo ser a mais completa possível, o que se chama, modernamente, de princípio da reparação integral do dano”.

À medida que a sociedade fica mais complexa e só fazem aumentar as violações às pessoas, novas situações passam a exigir proteção jurídica adequada, pertinente, eficaz e condizente com os direitos tutelados. Outrossim, o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a consagração da tutela de interesses existenciais, conquistas da Ciência contemporânea, ampliaram o objeto protegido pelo Direito em face da atuação lesiva, o que mais uma vez conduz ao pensamento de que a tutela aquiliana necessita ter a mesma natureza do direito violado — isto é, a violação de direitos constitucionalmente protegidos merece uma proteção constitucional.

André Tunc<sup>5</sup> alerta que a responsabilidade civil está em um “estado de crise”<sup>6</sup>, expressão que denota desequilíbrio da responsabilidade civil que vive, atualmente, patologias

---

<sup>2</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

<sup>3</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Premissas para uma análise da contribuição do juiz para a efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Juizado da Infância e Juventude*. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Coordenadoria-Geral da Justiça, Porto Alegre, n.2, 2004, p. 25.

<sup>4</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

<sup>5</sup> TUNC, André. *La responsabilité civile*. Paris: Economica, 1989, p. 6. “Le droit de la responsabilité civile est donc dans un état de crise”. Tradução: “O direito da responsabilidade civil está, pois, em um estado de crise”.

inesperadas, imprevisíveis, cujos remédios são ainda desconhecidos e talvez inexistentes<sup>7</sup>. Humberto Ávila<sup>8</sup> assevera que “o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir a sua aplicação e sua efetividade”, que é o objetivo do presente estudo com o princípio do direito à reparação de danos imateriais, admitido como *verdadeiro* corolário constitucional.

## 2.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS E LEGAIS

A Lei Maior é a grande expressão de força de um ordenamento, razão pela qual se entende que é o lugar para constar, formal ou materialmente, a *reparação* de danos imateriais, uma vez que é instrumento de tutela de bens de valor precípuo na vida das pessoas. De acordo com Konrad Hesse<sup>9</sup>:

A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Pode-se dizer que “la preminenza della Costituzione consiste nel fatto che essa esprime i principi dell’ordinamento giuridico, proclamando i diritti e i doveri fondamentali dei

---

<sup>6</sup> André Tunc questiona, inclusive, a função da responsabilidade civil, que, para este autor, sempre foi mal definida. Considera que até se pode pensar que a responsabilidade civil, resultado de uma evolução quase tão longa quanto a da própria Humanidade, possui funções bem estabelecidas e claramente definidas, mas infelizmente este não é o caso (tradução livre). *Ibid.*, p. 133.

<sup>7</sup> Em sentido semelhante, já afirmou Agnes Heller que “se uma civilização se encontra em crise, devemos supor duas hipóteses: ou suas doenças são curadas ou ela entrará em colapso. As alternativas são: a solução dos problemas mais graves, de um lado, ou o caos político e social, a decomposição, talvez mesmo a autodestruição, de outro. Digo isso porque tenho sérias dúvidas se a crise é a expressão correta para descrever o que está em jogo hoje”. HELLER, Agnes. *Uma crise global da civilização: os desafios futuros*. In: HELLER, Agnes et alii. *A crise dos paradigmas em Ciências Sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 13.

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

cittadini e dei gruppi sociali e delineando le strutture organizzative pubbliche”<sup>10</sup>. Outrossim, “La necesidad de conservar el equilibrio estable de los derechos y de los intereses de las personas en su vida de comunidad, ha sido considerada como la finalidad propia de la responsabilidad civil”<sup>11</sup>.

Para que este objetivo seja alcançado, ou seja, para que exista uma estabilidade entre o Direito, a Justiça e as Pessoas, faz-se necessário dar a estas um direito seguro e estável de reparação, visto que são eles que alcançam a esfera subjetiva de todos.

Já durante o século XX o objetivo da Lei Maior deixou de ser, exclusivamente, o de estabelecer o Estado de Direito e o de limitar o Poder Político: tomou contornos de uma moldura dos direitos dos particulares, fenômeno que se chamou de *publicização do privado* e que conduziu a uma tensão dialética entre o Direito Público e o Privado. No entanto, a Constituição não tinha o escopo de exaurir a matéria acerca dos direitos fundamentais, cabendo, então, a pergunta se o Código Civil “atendeu à necessidade de o Direito brasileiro ser dotado com uma disciplina específica da matéria”. Há quem defenda, como Fábio S. Andrade, que “o Código Civil de 2002 não atende a estes objetivos”, não alcançando, minimamente ao Juiz, elementos de ponderação, objetivos e seguros, no sentido de propiciar a tutela dos direitos de personalidade, nem coordenando os temas ligados a tais direitos, porque ainda estão espalhados em leis especiais, sem nenhuma ampla norma *centralizadora* por parte do Código Civil<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Tradução: “a preeminência da Constituição consiste no fato de que esta exprime os princípios do ordenamento jurídico, proclamando os direitos e deveres fundamentais dos cidadãos e dos grupos sociais e delineando a estrutura organizativa pública”. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 28.

<sup>11</sup> Tradução: “a necessidade de conservar o equilíbrio estável dos direitos e dos interesses das pessoas em sua vida em comunidade foi considerada como a finalidade própria da responsabilidade civil”. BALLESTEROS, Jorge Santos. *Instituciones de responsabilidad civil*. t. 1. Santafé de Bogotá: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 1996, p. 13.

<sup>12</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103, 118. O autor, em outro texto, igualmente acentua que: “Paralelamente a esta lenta evolução da teoria dos Direitos de Personalidade no Direito Civil, porém, configurou-se a extraordinária evolução do Direito Público no Século XX, representado pelo fato de que a Constituição se preocupa em dispor sobre temas originariamente pertencentes ao Direito Privado. O objetivo da Constituição deixa de ser, única e exclusivamente, o de estabelecer o Estado de Direito e limitar o poder político e passa a ser o de estabelecer a moldura da atividade dos indivíduos. Ela se transforma seja em centro de direção para a legislação ordinária, como em lei fundamental do Direito Privado — e dos demais ramos do Direito. Trata-se de um fenômeno tão relevante, que a ele se atribui o título de publicização do privado. Surge, assim, uma crescente interação da esfera pública com o setor privado, que origina, no Direito Privado, uma profunda modificação em relação ao ideário existente no século XIX. Estabelece-se, em suma, entre estas duas áreas uma tensão dialética, que conduz à noção de constante inter-relação entre os dois grandes setores do Direito”. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento dos Direitos de Personalidade e sua aplicação às relações do trabalho. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.6, ano 3, 2009, p. 165.

Os direitos de personalidade, que têm origem no Direito Civil, foram elevados à dimensão constitucional, porém a tarefa do Código Civil de 2002 era a de codificá-los, proporcionando “uma adequada regulação da matéria, que tivesse a *ratio* e o *telos* da Constituição”; a despeito disso, “este objetivo ainda segue sem implementação plena no âmbito do Direito Civil brasileiro codificado”. Em outras palavras: “a matéria dos Direitos da Personalidade ainda recebe uma disciplina tópica e pontual”<sup>13</sup>.

Aos poucos o Direito Positivo foi sendo moldado pela consideração de que a pessoa é o bem superlativo; dito de outro modo, o sistema jurídico tem saído do patrimonialismo e retomado a máxima romana que dizia “*hominun causa omne jus constitum est*” — todo o Direito é constituído para as causas do homem. Assim, considerar a pessoa eixo do Direito pode até parecer truísmo; contudo, o Legislador Constituinte, de forma exaustiva, tornou a proteção à pessoa um princípio fundamental, querendo sepultar a época da ditadura. Ao dispor, logo no início da Lei Maior, sobre os Direitos e sobre as Garantias Fundamentais, quis o Legislador deixar fora de dúvida a importância da pessoa para o Direito. Reforçando esta ideia, Carlos Alberto Bittar<sup>14</sup> afirma que a natureza do dano imaterial “reveste-se de caráter atentatório à personalidade, de vez que se configura através de lesões a elementos essenciais da individualidade”, o que demonstra a necessidade de proteção desses direitos por meio de uma ação igualmente constitucionalmente protegida.

É certo que mecanismos como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação popular e a ação civil pública<sup>15</sup> resguardam direitos das pessoas, mas apenas

---

<sup>13</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela..., p. 118. Igualmente reconhecendo a pessoa como centro do ordenamento e constatando a necessidade de reparação, ainda que patrimonial, desses danos, Carlo Castronovo comenta que: “*La persona ha sollecitato una disciplina varia che l’ha messa in valore e tutelata secondo una molteplicità di profili che hanno vinto la monocultura degli ordinamenti liberali, i quali alla persona riservavano una posizione bensì preminente ma quasi esclusivamente orientata in senso patrimoniale*”. Tradução: “A pessoa solicitou uma disciplina variada que a valorizasse e protegesse segundo uma multiplicidade de perfis que conquistaram a monocultura dos ordenamentos liberais, os quais reservaram à pessoa uma posição proeminente, mas quase exclusivamente orientada para o sentido patrimonial”. CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 2.

<sup>14</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 53.

<sup>15</sup> Eugênio Facchini Neto disserta: “No caso brasileiro, a ação popular constitui exemplo emblemático de exercício de uma democracia participativa. Por meio dela se confere legitimidade a qualquer cidadão para pleitear ‘a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista’, além de outros órgãos onde haja participação pública, sendo que a noção de patrimônio público abrange, para tal efeito, ‘os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico’ (art. 1º e §1º, da Lei n. 4.717/65). Igualmente a ação civil pública e, em certos casos, o mandado de segurança coletivo poderão representar canais adequados para que membros da sociedade civil possam controlar ações ou omissões estatais”. FACCHINI NETO, Eugênio. *O judiciário no mundo contemporâneo. Juris Plenun*, ano V, n.26, 2009b, p. 49.

contra atos de autoridades, com exceção da lei da ação civil pública; em outras palavras, sobra um resquício que não satisfaz a sociedade como um todo, pois nem sempre o dano injusto é praticado por uma autoridade, uma vez que o particular igualmente vai de encontro à Constituição. Devem ser compensadas lesões a direitos fundamentais, à dignidade humana, que acabam por abalar, verdadeiramente, o aspecto psicológico das pessoas. A reparação é, portanto, indefectível, já que o sujeito não pode ficar à mercê de outrem que insulta a dignidade e a igualdade jurídica que deve estar sempre presente. Trazer a reparação de danos para dentro da Lei Maior é tutelar o remédio da mesma forma que protege os direitos em questão, ou seja, é colocar em igual patamar a doença e a droga que permite a cura.

Não é nada animadora a anárquica variedade de entendimentos e de interpretações que permeiam a responsabilidade civil, gerando, não raras vezes, soluções díspares para hipóteses idênticas, pois, ao contrário das regras seguras e estáveis que viriam sugeridas pela utilidade da responsabilidade civil, “o que se tem é um terreno movediço, caracterizado pela incerteza e pela mutabilidade”, sendo que “neste solo instável, proliferam pedidos de indenização”<sup>16</sup>. Sem dúvida, isso está longe de ser o ideal almejado quando se trata da reparação de danos tão relevantes.

Acaba sendo imprescindível, portanto, que o intérprete una axiologicamente o corpo codificado e a Lei Maior para conseguir alcançar um valor uniforme às cláusulas gerais, sempre à luz dos princípios constitucionais que têm por escopo reunificar o Direito Privado diante das inúmeras fontes normativas e da constante e progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil<sup>17</sup>. O que se pode constatar é “uma profunda intromissão da Constituição em setores anteriormente regidos pelo Código Civil. De modo que tudo levaria a crer que a Constituição — e, por via de consequência, o Direito Público — passaram a ter total predominância”, mas, ao mesmo tempo, comenta Fábio S. de Andrade, fazendo um contraponto, “aponta-se uma decadência da importância constitucional”. Dito de outro modo, apesar de todo o poderio aparente das normas constitucionais, a Lei Maior, segundo o autor, não é capaz de substituir o primado do Código Civil, e a razão está no fato de “a realização de uma Constituição democrática exigir o consenso”. O que Fábio S. de Andrade pontua com firmeza, no entanto, é que “a Constituição assume um papel de centralidade para instituir princípios ao sistema do Direito Privado”<sup>18</sup>; ou, ainda, como comenta Carlos Ghersi: “*la*

---

<sup>16</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

<sup>17</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise nas fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 364, nov. /dez. 2002, p. 115.

<sup>18</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação* – crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 126-127, 135.

*consolidación de los derechos personalísimos, incluso a nivel de algunas constituciones provinciales, es una jerarquización de la dignidad del ser humano, no como esfera de imputación, sino como respuesta ética de la sociedad*<sup>19</sup>. Assim, se há a necessidade da consolidação dos direitos de personalidade na Lei Maior, necessidade também há da consolidação da reparação dos danos causados a tais direitos, ainda que isso se dê pela inclusão material desses direitos na Constituição.

A reparação de danos reconhecida como um direito fundamental se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana, às características e aos sentimentos da pessoa humana, à distinção da pessoa humana em relação aos demais seres. É, por certo, um sentido subjetivo, pois depende dos sentimentos da pessoa, das suas características físicas, sociais e culturais; até porque é sabido que *“la vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”*<sup>20</sup>. Em outras palavras, o conteúdo da reparação de danos não tem como vir total e cabalmente delimitado pelo Direito, porque dependerá muito, e também, das circunstâncias sociais e do sentimento de dignidade que cada pessoa tem a respeito de si mesma.

Se com os direitos à personalidade se protege o que é próprio da pessoa, como a vida, a integridade física e psíquica, o direito ao corpo, à intimidade, da mesma forma a reparação desses direitos merece especial atenção, significado e colocação jurídica adequada, ou seja, a sua inserção na Lei Maior; afinal, *“não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo Texto Constitucional”*<sup>21</sup>.

Antonio Baldassare<sup>22</sup> defende que os direitos fundamentais não precisam de uma previsão específica, porque considera que os direitos de personalidade são paradigmas gerais que englobam várias possibilidades. Há, no entanto, quem sustente uma concepção fechada e taxativa<sup>23</sup> (previsão legal específica) do rol dos direitos de personalidade, como Pietro Perlingieri<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Tradução: “a consolidação dos direitos pessoais, inclusive no âmbito de algumas constituições provinciais, é uma hierarquização da dignidade do ser humano, não como esfera de imputação, mas como resposta ética da sociedade”. GHERSI, Carlos A. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997, p. 56.

<sup>20</sup> Tradução: “a vida do direito não foi lógica: foi experiência”. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Trad. de Fernando Vedia. Buenos Aires: TEA, 1964. p. 15.

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise nas fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 364, nov. /dez. 2002, p. 119.

<sup>22</sup> BALDASSARE, Antonio. *Diritti della Persona e valori costituzionali*. Torino: G. Giappichelli. s.d. p. 57.

<sup>23</sup> Os que optam pela taxatividade aduzem que apenas os direitos de personalidade previstos no Código Civil, na Constituição ou em leis especiais devem ser admitidos como tais, a menos que surja lei dispondo a respeito de um novo direito de personalidade. Essa concepção, no entanto, não é consentânea com a realidade, pois a previsão será sempre insuficiente para proteger a dignidade da pessoa humana na sociedade atual.

<sup>24</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 154.

Davide Messinetti<sup>25</sup> doutrina que a norma constitucional é apenas um instrumento de formalização de um valor, que deve, a partir daquela, ser concretizada; afinal, “os valores aos quais diz respeito toda a possibilidade de vida do homem desenvolvem-se de forma material e, por assim dizer, existencial, ou seja, em uma palavra, vivendo”.

A personalidade humana é, antes de tudo, um valor jurídico, ou seja, é insuscetível de redução a uma *situação jurídica-tipo* ou a um elenco de *direitos subjetivos típicos*; assim, o modelo tipificado será sempre insuficiente para atender às situações em que a personalidade humana exige proteção<sup>26</sup>.

Em um primeiro momento, a inserção dos direitos de personalidade no Direito Civil resta justificada pelo fato de que tal Direito é o depositário dos princípios gerais do Direito e, no dizer de Oliveira Ascensão<sup>27</sup>, “toda a matéria comum às várias disciplinas, tendencialmente a todas, é deixada para o Direito Civil, mas, principalmente, por ser atribuição dessa disciplina jurídica o estudo da pessoa e da personalidade e pelo fato de a responsabilidade civil do ofensor aos direitos da personalidade do ofendido ser, também, tutelada pelo Direito Civil”. A pergunta que urge nesse momento é: precisa continuar sendo assim para sempre, sendo possível que a própria Constituição preveja a reparação dos danos por lesões a esses direitos? Não seria bastante razoável que juntamente com os direitos que são tutelados aparecessem as normas que permitem e, mais do que isso, que exigem a sua reparação? Por que deixar parte para o Direito Civil e parte para a Lei Maior, se tudo pode estar engrenado, tratado unido e de forma sistemática? Se os direitos de personalidade, ausentes no Código Civil de 1916, e *parcialmente* presentes no Código Civil de 2002, foram assim admitidos no Brasil por força de construções doutrinárias embasadas em leis especiais e na Constituição, então porque não admitir que são aqueles previstos na Lei Maior e que isso basta, da mesma forma que a previsão da reparação na *Lex Mater*, igualmente faria sentido? Todas estas respostas foram e continuam sendo dadas ao longo deste texto.

Na seara do Direito Civil-Constitucional, é notável a insuficiência de seus institutos, “mormente da responsabilidade civil, no seu âmbito de atuação, para um verdadeiro apaziguamento social por suas tradicionais funções”<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> MESSINETTI, Davide. Personalità (diritti della). *Enciclopedia Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1984. p. 360.

<sup>26</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise nas fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 364, nov. /dez. 2002, p. 117.

<sup>27</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e Teoria Geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 291.

<sup>28</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão – os punitive damages no Direito Comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 95.

É, igualmente, da Constituição que se pode inferir a afirmação da validade das disciplinas do Direito que devem se subordinar aos princípios do Direito Constitucional, não podendo, de forma alguma, ser incompatíveis com os mesmos. Nesse sentido afirma Kelsen ser a Lei Maior a norma fundamental de um país, por ser a fonte de validade das demais normas e que, contrariadas ou conflitantes, são inconstitucionais. Para o autor austríaco, a inserção de um rol de garantias fundamentais do indivíduo nas Constituições tem por objetivo não permitir que o Legislador crie leis que causem danos aos direitos da pessoa humana, podendo ser essas leis violadoras de natureza civil ou penal<sup>29</sup>. O que não se pode olvidar, todavia, é que “*law is tied to life*”, ou seja, “o direito está ligado à vida”, como declara Stephen Breyer<sup>30</sup>.

Já Judith Martins-Costa<sup>31</sup>, ao contrário, defende que “o novo Código Civil constitui uma estrutura receptora do sistema geral de proteção à pessoa humana, com lugar especial à rede de bens da personalidade”; para a autora, não há a necessidade de a Constituição Federal prever a reparação de danos, porque isso já está estabelecido, e, segundo Martins-Costa, suficientemente, no Código Civil. Para Judith, “a relação entre a dignidade humana, a tutela à pessoa e os direitos de personalidade não é visualizada como uma pirâmide — descendendo da Constituição — mas como uma *rede*, harmoniosa e articulada” (Grifo do autor). A autora afirma que o Código Civil atual não tem mais o caráter constitucional que tinha o Código de 1916, mas que cumpre a função de garantia, assumindo a responsabilidade de unificar e de harmonizar o caos irracional dos microssistemas, promovendo, no campo dos direitos de personalidade, a comunicação, racionalmente ordenada, entre os direitos fundamentais e as normas infraconstitucionais; de acordo com a referida autora, basta o Código Civil para garantir um efetivo direito de reparação de danos imateriais<sup>32</sup>. Fábio S. de Andrade aduz que: “a

---

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do Direito. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 310.

<sup>30</sup> BREYER, Stephen. *Active Liberty – interpreting our Democratic Constitution*. New York: Vintage Books, 2005, p. 100.

<sup>31</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. *Pessoa, Personalidade, Dignidade – ensaio de uma qualificação*. Tese de Livre Docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003, p. 103.

<sup>32</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. *Pessoa, Personalidade, Dignidade*, p. 255. A referida autora, em outro texto, disserta: “O desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas na vida da *cives*, com base na concreção, perpassa todo o novo Código Civil, seja através da linguagem, seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma intertextualidade com outros *corpi* normativos. (...) Creio que essas características culturalistas do novo Código viabilizam uma incessante comunicação e complementaridade *intertextual* entre o Código e os Direitos Fundamentais, o que é especialmente possibilitado pela conexão entre a *estrutura* [fundada numa Parte Geral que inicia com a invocação não-taxativa dos Direitos da Pessoa, seguida de uma Parte Especial constituída por cinco Livros, todos eles correlacionados à Parte Geral] e a *linguagem utilizada*. A abertura semântica é garantida pela existência de cláusulas gerais estrategicamente colocadas, permissivas das três ordens de conexão sistemáticas

codificação, hoje colocada numa situação de crise, dificilmente poderá ser substituída ou superada. Isto porque ela representa uma categoria altamente representativa que, por estar associada ao princípio da continuidade, sempre estará a (co)ordenar o Direito Privado”<sup>33</sup>.

Igualmente Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo P. Ruzyk<sup>34</sup> sustentam que “os direitos fundamentais não são tutelados apenas por conta de sua positivação constitucional (...). O direito é instrumento para uma racionalidade que o antecede: a que enfatiza a necessidade de servir à produção e à reprodução da vida e a dignidade. *Antecede o jurídico uma dimensão ética*, a ele indissociável, que lhe dá fundamento” (Grifo do autor). Nesse ponto concorda-se com a ideia do autor, porquanto se acredita que a ética vem antes de tudo e que ela sempre deverá estar presente como baliza mestra, não sendo, no entanto, suficiente.

Bruno Miragem<sup>35</sup>, por seu turno, comenta que “atualmente, entretanto, um eventual paralelismo entre as tutelas civil e penal da personalidade cede espaço para o influxo de um segundo fenômeno de aproximação e relação entre o Direito Privado e o Direito Constitucional. Em outros termos, à expressão que já referimos, a *publicização* ou *constitucionalização do Direito Privado*”<sup>36</sup>. (Grifo do autor)

---

[intrassistemáticas; interssistemáticas, e extrassistemáticas]. (...) A não-taxatividade — isto é, o fato de o Código não ter apresentado um fechado ‘rol de direitos’ da personalidade, mas apenas enunciado algumas situações merecedoras de tutela — somada à cláusula geral do art. 21 (relativa à inviolabilidade da vida privada), permite alcançar a ideia de a personalidade humana constituir um todo, um complexo multifacetado, singular e unitário, merecedor de garantia e tutela no seu particular modo de ser e em todos os variados aspectos que a singularizam”. MARTINS-COSTA, Judith H. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 76-79. (Grifo do autor)

<sup>33</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação*, p. 173.

<sup>34</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 103.

<sup>35</sup> MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a Lei de Imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 90.

<sup>36</sup> A constitucionalização do Direito Civil refletiu-se também na responsabilidade civil — e de forma notável. Acerca disso, referência fundamental é TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22. Sobre o assunto, Luís Renato Ferreira da Silva argumenta: “quando a Constituição Federal, no inciso I do art. 3º, prevê como um dos objetivos fundamentais da República estabelecer uma sociedade solidária, tendo em vista o que se disse antes sobre o imiscuir do Direito Civil com o Direito Constitucional, cabe que se pergunte qual o papel do Direito Civil neste contexto”. Na sequência, o autor conclui que: “Ao mesmo tempo que ganha consciência individual, o homem das sociedades complexas perde em autonomia no seio da sociedade. Perde-se a naturalidade no admitir que se depende. (...) Neste tipo de sociedade, a solidariedade que se estabelece é entre órgãos com funções autônomas”. É essa a razão de Durkheim a chamar de *sociedade orgânica*, porque esta “se assemelha à que observamos entre os animais superiores. De fato, cada órgão aí tem sua fisionomia especial, sua autonomia e, contudo, a unidade do organismo é tanto maior quanto mais acentuada essa individuação das partes”. FERREIRA SILVA, Luís Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 150-151. Igualmente importante é a lição de Gustavo Tepedino, referente à constitucionalização do Direito Civil, destacando que são necessários: “novos parâmetros para a definição

No mesmo caminho, Yussef Said Cahali<sup>37</sup> comenta que: “sob o pálio agora das normas constitucionais, a tutela no plano civil do direito de personalidade, por via da reparação do dano moral, traz latente o *interesse público* na preservação dos valores tutelados, de resto também protegidos na esfera do Direito Penal”. (Grifou-se)

André Andrade<sup>38</sup> traz à baila a preocupação explicitada ao longo deste estudo quando assevera que: “a dimensão do princípio da dignidade humana e a forma mais adequada de protegê-lo são questões *ainda em aberto*, as quais, *pela sua importância*, devem ser objeto de *reflexão dos Juristas e dos operadores do Direito em geral*”, ponderando, ainda, que cabe aos primeiros determinar o alcance da proteção que a Constituição dá à dignidade humana, o que “*não é tarefa fácil ou isenta de controvérsias*. Todavia, algumas premissas fundamentais podem e devem ser estabelecidas” (Grifou-se). Levanta o autor, como primeira premissa, o fato de toda a pessoa, em virtude da sua condição de ser humano, ter direito à indenização por danos imateriais, não se devendo levar em conta se é uma criança, um doente mental, uma pessoa em estado de inconsciência, pois a falta de consciência não exclui a Humanidade que é inerente a cada um. Outrossim, a lesão à dignidade humana abrange tanto as ofensas à pessoa individual como social, sendo mais do que aquilo que afeta o mínimo existencial, pois a dignidade pode ser violada em diversos níveis.

Pietro Perlingieri<sup>39</sup> traz, textualmente, que: “o instrumento do ressarcimento dos danos e da responsabilidade civil, embora adaptado às exigências da vida moderna, demonstra-se, frequentemente, inidôneo”. André Andrade<sup>40</sup> complementa: “impõe-se, portanto, uma revisão nos próprios fundamentos da responsabilidade civil tradicional, que não oferece solução adequada aos inúmeros problemas trazidos pela sociedade moderna”. O que se denota, portanto, é que resta expressa a insatisfação da responsabilidade civil como forma de tutelar, principalmente, os direitos de personalidade, razão mais do que suficiente para se apostar em uma mudança.

---

de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a Justiça Distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

<sup>37</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60.

<sup>38</sup> CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência da Common Law e na perspectiva do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 28-29.

<sup>39</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. De Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, 1999, p. 32.

<sup>40</sup> CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral e indenização punitiva...*, p. 229.

O sentimento da insuficiência do Direito Civil para regular os danos oriundos da violação dos direitos de personalidade também é o argumento de Caroline Vaz<sup>41</sup>, para quem “os institutos de que dispõe até o momento o Direito Civil não conseguiram coibir nem reduzir a prática de novos ilícitos, o Direito, que deve servir à vida e ter uma utilidade prática, já que feito por homens para homens, deve amoldar-se às novas necessidades, para solver os conflitos oriundos de uma nova ordem social”. Outrossim, muito se resolve quando se aceita que a questão “radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo”<sup>42</sup>.

Igual é o sentimento de Gustavo Tepedino<sup>43</sup> quando afirma que: “verifica-se a inadequação das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo Direito Privado, consubstanciadas na doutrina dos chamados direitos da personalidade”. De acordo com o autor, os mecanismos de proteção apresentam-se “aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico”.

Markesinis, Deakin e Johnston<sup>44</sup> trazem, ao longo de sua obra, *Tort Law*, alguns avisos gerais para os novos advogados que trabalham com a responsabilidade civil, pontuando que eles devem estar atentos aos seguintes pontos: “1. *What interests academic lawyers is not always of similar importance to practitioners and litigants*; 2. *Tort law is using old tools to meet social needs of a new and different era*”. Tal conselho é um bom argumento para chamar a atenção para as ferramentas que se têm para trabalhar com os danos causados aos direitos de personalidade até o presente momento, porque, se a responsabilidade civil, por si só, não está solucionando satisfatoriamente os casos concretos, talvez seja pelo fato de, atualmente, os

---

<sup>41</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão – os punitive damages no Direito Comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 138.

<sup>42</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 225.

<sup>43</sup> TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, n. 341, ano 54, mar. 2006, p. 13.

<sup>44</sup> Tradução: “1. O que interessa aos advogados acadêmicos nem sempre tem importância semelhante para os profissionais e litigantes; 2. O Direito Civil está usando velhas ferramentas para atender às necessidades sociais de uma nova e diferente era”, e continuam “a longevidade de alguns conceitos e leis civis é tão admirável quanto notável. Assim, neste país, em vários casos, muito do que fazemos e da forma como pensamos hoje pode remontar à Idade Média. (...) Em grande parte, essa sobrevivência deve-se ao conteúdo flexível, senão amorfo, de alguns desses conceitos; 3. O Direito Civil precisa de uma reforma, mas esta não parece estar próxima; 4. O Direito Civil é, na prática, frequentemente inacessível à vítima comum; 5. Doutrina Desordenada”. MARKESINIS B. S.; DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus. *Tort Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 54-64.

danos terem um alcance nunca antes imaginado, tanto que os autores ponderam que: “*the longevity of some tort rules and concepts is as admirable as it is remarkable. Thus, in this country, in many cases much of what we do and how we think today can be traced back to the Middle Ages. (...) To a large extent this survival is due to the flexible, if not amorphous, content of some of these concepts; 3. Tort law needs reforming but reform does not appear to be around the corner; 4. Tort law is, in practice, often inaccessible to the ordinary victim*<sup>45</sup>; e 5. *Doctrinal Untidiness*<sup>46</sup>. São, enfim, ideias que não podem ser desprezadas.

## 2.2 DO USO DE PRECEITOS DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO PARA A AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS, NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ALCANÇAR O RESULTADO PRETENDIDO

<sup>45</sup> De acordo com os autores: “*The multitude of cases that a student will encounter in tort textbooks may lead him to believe that victims of accident have easy and frequent recourse to this branch of the law. In reality nothing could be further from the truth; and this misapprehension, as well, is encouraged by the fact that the operation of tort law in practice tends to be ignored by traditional books and cases. The reality thus is that most victims of accidents do not even go as far as consulting a lawyer as to what their rights are, let alone pursue them to a successful conclusion.* Tradução: “A multiplicidade de casos que um estudante encontrará em livros didáticos de Direito Civil pode levá-lo a acreditar que vítimas de acidente têm acesso fácil e frequente a esse ramo do direito. Na realidade, nada poderia estar mais longe da verdade; e esse equívoco também é estimulado pelo fato de que a operação do Direito Civil, na prática, tende a ser ignorada por livros e casos tradicionais. A realidade, então, é que a maioria das vítimas de acidentes nem chega a consultar um advogado sobre seus direitos, muito menos a buscá-los até encontrar uma conclusão bem-sucedida”. MARKESINIS B. S.; DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus. *Tort Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 61.

<sup>46</sup> Concluindo trazem os autores: “*So here are some general observations to be tested against the more detailed study of the material provided in this book. (i) Our law of torts is increasingly dominated by statute (...) In itself this may not be a defect; but it becomes a problem given (1) the long-winded nature of English legislative drafting; (2) the lack of proper training in statutory construction; and (3) the lack of co-ordination between the courts and the legislators when dealing with law reform. (ii) Our case law – especially on tort – is the second headache. Judgments are getting longer, to some extent inevitably given the growing complexity of the law. (...). (iii) Another notable feature of the English case law is its narrowly focused approach to the individual problems it has to confront. This, of course, is the result of the English adjudicatory approach; and it has been defended inter alia on the grounds that the judicial and academic roles, especially in England, are very different. (...) This book has tried to take into account the needs of both*”. Tradução: “(...) Assim, aqui estão algumas observações gerais a serem testadas no que se refere ao estudo mais detalhado do material fornecido neste livro. (i) Nosso Direito Civil está cada vez mais dominado por estatuto (...) Por si só, isso pode não ser um defeito; mas torna-se um problema, considerando-se (1) a natureza prolixa do texto legislativo inglês; (2) a falta de treinamento adequado na construção estatutária; e (3) a falta de coordenação entre os tribunais e os legisladores quando lidam com a reforma das leis. (ii) Nossa jurisprudência – especialmente a civil – é a segunda dor de cabeça. Os julgamentos estão se tornando mais longos, até certo ponto, de forma inevitável, dada a crescente complexidade do direito. (...). (iii) Outra notável característica da jurisprudência inglesa é sua abordagem estritamente focada nos problemas individuais que tem que confrontar. Isso, é claro, é o resultado da abordagem adjudicatória inglesa e tem sido defendido, dentre outras coisas, com base em que as funções judiciais e acadêmicas, especialmente na Inglaterra, são muito diferentes. (...) Este livro tenta levar em conta as necessidades de ambas”. MARKESINIS B. S.; DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus. *Tort Law*, p. 63-64.

Com o intuito de complementar as ideias até então apresentadas, vale enfatizar as lições de Juarez Freitas<sup>47</sup> no que toca aos preceitos para uma efetiva interpretação sistemática da Constituição, lugar que se pretende consolidar como paradeiro da norma que traz que a reparação de danos imateriais, por tutelar direitos fundamentais, merece *status* constitucional, inclusive por atender a referidos preceitos que se passa a analisar.

O primeiro preceito para uma interpretação sistemática da Constituição é: “Numa adequada interpretação tópico-sistemática da Constituição os princípios fundamentais são a base e o ápice do sistema”. Dentro desse primeiro preceito, Juarez Freitas recomenda que “na hierarquização prudencial dos princípios, das normas estritas (no sentido de regras) e dos valores constitucionais, deve-se fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque, ao mesmo tempo situando-os na base e no ápice do sistema, vale dizer, tomando-os, na prática, como fundamento e cúpula do ordenamento”, isto porque o critério hierárquico-axiológico é convertido em diretriz superior ao critério cronológico e ao critério de especialidade, sendo que é a referida hierarquização que permite resolver o problema da colisão dos princípios. A interpretação da Constituição deve ser principiológica — pois assim será mais densa e consistente — e será melhor e mais legítima à medida que conferir coerência e abertura a todo o sistema, sempre buscando sintonia com as aspirações da sociedade. O autor ainda comenta que: “fora de dúvida, o Juiz (não o Legislador) é quem culmina o processo de positivação jurídica. Eis o motivo pelo qual (...) a jurisprudência (...) deve ser reconhecida e proclamada, no mínimo, como a fonte material mais significativa”. Juarez Freitas enfatiza que se deve preferir a postura “constitucionalista” em lugar da “legalista estrita”, porquanto a Lei Maior “como documento jurídico superior, é plenamente assimilada em sua imperatividade material”, até porque, interpretar bem a Carta significa colocá-la ligada à totalidade axiológica do sistema, a fim de se obter a máxima Justiça possível. Então, se, por exemplo, “a lei colidir com o *princípio* da justa indenização, então a *súmula*, no caso, deverá preponderar”<sup>48</sup> (Grifou-se).

O fato de existir este primeiro preceito levantado por Juarez Freitas é uma das razões e um dos fundamentos para se pretender que a reparação de danos seja vista como um princípio constitucional, ou seja, pela força e pela imperatividade dos referidos princípios.

O segundo preceito enuncia que: “As melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”, o que é o próprio sentido da proporcionalidade, uma vez que em hipótese alguma poderá um direito de *status* constitucional suprimir outro de mesmo *status*. Proporcionalidade significa: “fazer concordar os

---

<sup>47</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 189-224.

<sup>48</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p.189-194.

valores e princípios jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre outro, mister salvaguardar, justificadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, os valores em colisão”. A proporcionalidade, tida como Direito Positivo no ordenamento jurídico, a despeito de não ter uma norma específica que a preveja, decorre do texto do parágrafo 2º, do art. 5º, da CF/88, que alcança direitos fundamentais escritos e não-escritos, assim considerados pelas suas respectivas naturezas intrínsecas. Desta feita, o tão-só fato de existir norma prevendo a proteção da dignidade humana permite que se conclua pela necessidade de proteção igualmente constitucional quando da violação desse direito fundamental abrangente. Outrossim, importa asseverar que uma Constituição democrática, como a que se tem, obrigatoriamente deverá apresentar “os multifacéticos anseios alojados no corpo e no espírito da sociedade”, o que reforça o pensamento no sentido de se garantir, constitucionalmente, a proteção de uma reparação tão relevante para a sociedade como um todo, uma vez que labuta com os mais importantes bens de uma pessoa, inexistindo quem não tenha este anseio pela Justiça.<sup>49</sup>

O terceiro preceito aduz que: “Toda a exegese sistemática constitucional tem o dever de garantir a maior tutela jurisdicional possível”; em outras palavras, o intérprete deve prestar a tutela jurisdicional extraindo os mais significativos efeitos do mandamento constitucional que prega que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, visto que é cláusula pétrea e que, por consequência, não pode ser abalada sob pena de ofensa aos incisos III e IV do §4º do art. 60 da CF. A Lei Maior precisa de partes cuja rigidez tem de ser preservada, o que é mais um motivo para que a inafastabilidade do acesso ao Judiciário seja tutelada. Sendo a reparação de danos imateriais também um preceito constitucional, igual deferência merecerá inclusive ser vista como cláusula pétrea, com todas as consequências que decorrerão deste fato<sup>50</sup>.

O quarto preceito afirma que: “Uma interpretação sistemática constitucional deve buscar a maior otimização possível do discurso normativo”, ou seja, existindo dúvida se uma norma tem eficácia plena, contida ou limitada, prefere-se a plenitude, devendo-se evitar alternativas que dificultem a eficácia imediata, pois “no núcleo essencial, todos os princípios gozam de aplicabilidade direta e imediata”; assim, reconhecida a reparação de danos imateriais como princípio fundamental, tem aplicabilidade imediata, já que “tudo que se encontra na Carta deve ser visto como tendente à eficácia”, até porque, assevera Freitas, “em nosso ordenamento, lícito asseverar que algum efeito sempre estará sendo irradiado dos preceitos

---

<sup>49</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p.194-196.

<sup>50</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p.196-197.

constitucionais em diálogo com o intérprete, que não os vê como objetos inertes”, e “nada há nos comandos da Lei Maior que não deva repercutir na totalidade do sistema jurídico e, concretamente, na vida real” — objetivo perseguido para a ação de reparação de danos imateriais, no presente estudo<sup>51</sup>.

O quinto preceito pontua que: “Toda e qualquer exegese sistemática constitucional deve ser articulada a partir de uma fundamentação (hierarquização) racional, objetiva e impessoal das premissas eleitas”; dito de outro modo, considera-se como não-sistemática e violadora do Direito a interpretação que se pautar por razões, ocultas ou não, que não tenham como ser generalizadas em uma sociedade livre e de iguais.

O sexto preceito traz que: “Uma boa interpretação sistemática constitucional é aquela que se sabe, desde sempre, coerente e aberta”, isto é, o intérprete constitucional não deve desconhecer a abertura cognitiva e do próprio sistema positivo, pois é por meio dessa abertura que incorpora a condição de propulsor das mudanças constitucionais. No entanto, com o intuito de preservar essa abertura, o equilíbrio e a coerência, o intérprete deve, ousadamente, realizar as mutações indispensáveis para fins de um aproveitamento da flexibilidade potencial da Lei Maior. Segundo Juarez Freitas, é indubitável que, quando há Reforma Textual, está-se diante de um processo agressivo, sendo preferível, portanto, permitir que o exegeta atue como um atualizador e reformador, por excelência, do Texto da Carta, dela extraindo valiosas possibilidades oriundas da indeterminação, voluntária, ou não, de seus conceitos e categorias. No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, por exemplo, a mencionada atualização do intérprete é de suma importância, porque não se tem, como já foi comentado, um rol exaustivo de direitos fundamentais que, por certo, estão sujeitos a danos.

O sétimo preceito destaca que: “As melhores interpretações constitucionais sempre procuram zelar pela soberania da vitalidade do sistema, sem desprezar o texto, mas indo além dele, como requer o próprio Texto Constitucional”; dito de outra maneira, deve-se adotar — quando necessário, e com parcimônia — a técnica da interpretação corretiva, sem dar ensejo a uma amputação afoita, uma vez que se tem como indispensável “a ousadia de corrigir o texto originário hermeneuticamente no intuito de preservar a vontade harmônica do sistema”, até porque, como bem assevera Freitas, “o Direito está em incessante movimento, e deve ser interpretado à vista desta evidência”. Acentua o autor que não há dispositivo constitucional que proíba julgamentos “morais” ou axiológicos, muito pelo contrário, “o Constituinte determina

---

<sup>51</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p.197-199.

apreciações prudenciais e axiológicas, que forçosamente estarão situadas no plano da pré-compreensão e do pós-textual<sup>52</sup>.

O oitavo preceito pontifica que: “As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecidora da eficácia direta e imediata”; aqui, não se deve pensar que só o art. 5º traz o rol dos direitos fundamentais, pois eles estão espalhados por toda a Carta, e também fora dela; outrossim, todos os direitos fundamentais têm, em regra, eficácia direta e imediata. Para Juarez Freitas, “uma vez reconhecido qualquer direito fundamental, a sua ablação e a sua inviabilização de exercício mostram-se inconstitucionais”, e continua, mas agora destacando que, por força do §2º, do art. 5º da CF/88, estão integrados ao rol dos direitos fundamentais os previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Desta forma, resta certo que, em a reparação de danos imateriais sendo vista com *status* de direito fundamental, igualmente terá uma eficácia direta e imediata, sendo que os olhos que sobre ela pousarem não terão dúvida do quão urgente e necessária é a solução do caso em concreto posto em discussão.

O autor alerta que: “a exegese deve servir como energético anteparo contra o descumprimento de preceito fundamental, razão pela qual deve ser evitado qualquer resultado interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais”, e é exatamente a “máxima eficácia” que se busca alcançar, trazendo a reparação de danos imateriais para o rol dos direitos fundamentais. Freitas traz um *plus* aos seus argumentos, quando ressalta que: “é irretorquível o mandamento segundo o qual, em favor da dignidade, não deve haver dúvida, sendo que todos os princípios constitucionais devem ser respeitados ao máximo e de modo harmonioso, sem se render o intérprete às seduções de privilegiar uma só das gerações de direitos fundamentais, qualquer que seja ela<sup>53</sup>”.

O nono preceito assevera que: “Na perspectiva tópico-sistemática, uma lúcida interpretação das normas fundamentais sempre colima promover a preservação dos princípios constitucionais, ainda quando em colisão”; desta maneira, os princípios constitucionais nunca devem ser eliminados mutuamente, embora em colisão, diferentemente do que pode acontecer com as regras; aliás, “a antinomia das regras oculta sempre uma antinomia de princípios”, assim prestigiando determinado princípio, uma regra cede a outra. Já a essência dos princípios

---

<sup>52</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p. 203-205.

<sup>53</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p. 206-207.

deve permanecer intocada, pois carregam consigo o peso de serem considerados os pilares insuprimíveis, sob pena de morte do “organismo constitucional”. Desta forma, quando um princípio se relativiza, é possível reconhecer um movimento descontínuo de contenção e de expansão, pois “os princípios jamais devem ser quebrados, sob pena de perecer o sistema. As regras não conseguem, sozinhas, erigir qualquer sistema. São os princípios que desempenham o papel de vitalizadores estruturais do sistema, de sorte que imperioso nuançá-los, já que não devem ser confundidos com as regras”. Observa-se, então, que em sendo a reparação de danos imateriais entendida como regra, em algum momento deverá ceder para que outra tenha espaço; já, se for considerada princípio, nunca será eliminada: apenas poderá ser sublimada diante de alguma circunstância concreta em que se constate que não há o dever de reparar. Lembra, ainda, Juarez Freitas que é “forçoso, neste sentido, que os intérpretes articulem e alicercem conscientemente os argumentos das suas decisões com uma fundamentação vinculante que transcende os limites do Direito posto, devendo ser qualificadamente também, sob certo aspecto, moral”<sup>54</sup>.

E, por fim, o décimo preceito ensina que: “Uma pertinente e adequada interpretação sistemática só declara a inconstitucionalidade quando a afronta ao sistema revelar-se manifesta e insanável”; ou seja, o julgador declarará a inconstitucionalidade somente quando absolutamente patente a antijuridicidade, e as demais situações serão consertadas interpretativamente à base das variadas alternativas que a Constituição oferece, porque toda a interpretação jurídica<sup>55</sup> também o é constitucional, uma vez que a Lei Maior não apenas integra

---

<sup>54</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p. 212-217.

<sup>55</sup> Miguel Reale traz um rol das contribuições que servem à Hermenêutica Jurídica, retratando as correntes da teoria jurídica contemporânea. São elas: “a) a interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, devendo as suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma unidade de compreensão (unidade do processo hermenêutico); b) toda a interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (natureza axiológica do ato interpretativo); c) toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (natureza integrada do ato interpretativo); d) nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (limites objetivos do processo hermenêutico); e) toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador quanto às exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (natureza histórico-concreta do ato interpretativo); f) a interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (natureza racional do ato interpretativo); g) a interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios de lógica formal, nem se reduzir a uma análise linguística, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão histórica entendida como razão problemática (problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico); h) sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento jurídico, deve preservar-se a existência do modelo jurídico (natureza econômica do processo hermenêutico); i) entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponda aos valores éticos da pessoa e da convivência social (destinação ética do

o sistema mas também serve de estatuto do ordenamento jurídico. Complementa Juarez Freitas, salientando que: “a vida ou sobrevivência da Carta dependem, pois, de todos os intérpretes (...). São os Juizes os intérpretes que detêm e merecem continuar detendo, como sublinhado, a jurisdição em sentido próprio”, afinal, diz o autor, “deles dependem, em larga medida, o futuro e a eficácia do Texto Constitucional e, por implicação direta, do nosso sistema democrático”. Ademais, “quando configurada a inconstitucionalidade, nada se lucra em tardar a supressão da norma viciada”. Em síntese, em se tratando de interpretação constitucional, a interpretação tópico-sistemática funcionará, hierarquizando-se os princípios, regras e valores e estabelecendo como prioritários e diretamente eficazes aqueles que são considerados fundamentais e escalonados topicamente, quando em conflito, ou para evitar este último<sup>56</sup>.

Tomado conhecimento de todos os preceitos que podem e que devem ser aplicados para uma correta e sistemática interpretação, e constatado que, se aplicados pelo menos alguns desses cânones há a possibilidade jurídica de se elevar a reparação de danos imateriais a direito fundamental, cumpre salientar a necessidade disso tudo em razão de o dano injusto repugnar a consciência humana, sendo preciso proteger a individualidade para a coexistência pacífica da sociedade, até porque a responsabilização é um campo que exerce muita influência sobre a moral.

Afere-se, de todo o exposto, que os instrumentos civis tradicionalmente empregados na responsabilidade civil são insuficientes para resolver os problemas da atual sociedade, porquanto mecanismos jurídicos que se apresentavam satisfatórios em outros tempos não acompanharam os dias atuais, totalmente envolvidos com dificuldades ligadas à velocidade da comunicação, ao crescente volume de informações, à globalização cultural e econômica. “E essas soluções passam não apenas pela necessidade de uma reformulação legislativa, mas também (e fundamentalmente) pela ampliação dos horizontes da dogmática jurídica, através de uma Hermenêutica renovada, de natureza constitucional-substancialista, que confira a maior eficácia possível aos valores e aos princípios constitucionais”. Caso essas palavras não fossem de André Gustavo Corrêa de Andrade,<sup>57</sup> seriam da autora desta tese, pois o que foi afirmado pelo autor retrata, literalmente, a proposta do presente estudo que, espera-se, frutifique em um futuro não tão distante.

---

processo interpretativo); e j) compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o quadro normativo objeto de exegese (globalidade de sentido do processo hermenêutico)”. REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 81-82.

<sup>56</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p. 218-221.

<sup>57</sup> CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral e indenização punitiva*, p. 2.

Sugere-se, portanto, uma força *verdadeiramente* constitucional a essa reparação, porque, como pontua Eugênio Facchini Neto<sup>58</sup>:

Ainda nos casos em que não esteja presente, de forma direta, uma questão constitucional, o *Texto Constitucional* continuará sendo uma *fonte potencial de influência* sobre a interpretação de textos jurídicos. Quando uma escolha entre diversas possibilidades interpretativas é necessária, deverá ser preferida aquela que seja mais consistente com ditado constitucional.

Sem sombra de dúvida, o peso e a influência da Constituição sobre qualquer preceito, ação, direito são de relevo inquestionável pelas consequências daí advindas, como o fato de refletir este poder em todas as interpretações a serem feitas, pois quem dita o certo e o errado é a *Lex Mater*, e o que está nela jamais será desconsiderado ou subvalorizado. Ademais, “quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” (Grifou-se); no entanto, “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada *vontade da Constituição*”. (Grifo do autor)<sup>59</sup>

Também serve de argumento o pensamento de Pier Monateri<sup>60</sup> para quem: “*Il risarcimento del danno assolve ad una funzione regolativa delle attività sociali. (...) Il risarcimento del danno opera pertanto come un disincentivo*”. São razões mais do que fortes para que a reparação dos danos imateriais receba um tratamento de acordo com a sua importância.

Defendendo pensamento diverso, Inocêncio M. Coelho considera que existem juristas<sup>61</sup>, de grande expressão, para quem a Lei Maior ideal deveria conter poucas ou nenhuma declaração de direitos, e apenas por lei o regime dos direitos fundamentais seria tratado, para fins de tornar mais flexível e mais efetivo o cumprimento desses direitos; assim, “parece que a especificidade da interpretação constitucional acaba consistindo, também, no fato de que está restrita à parte dogmática das Constituições”<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *O judiciário no mundo contemporâneo. Juris Plenun*, ano V, n.26, 2009b, p. 41.

<sup>59</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20-21.

<sup>60</sup> Tradução: “a compensação por dano desempenha uma função reguladora das atividades sociais. (...) A compensação por dano, portanto, funciona como um disincentivo” MONATERI, Pier Giuseppe. *Le fonti delle obbligazioni 3 – La responsabilità civile*. Milano: UTET, 1998, p. 316.

<sup>61</sup> Ver: WHEARE, W. C. *Las Constituciones modernas*. Barcelona: Labor, 1975.

<sup>62</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

É preciso haver a consciência de que, se todos têm *direitos humanos*, há a necessidade, para harmonizar os direitos humanos de cada qual, “de regras a ele superiores. A vida é um imperativo absoluto, mas os direitos humanos em geral não estão na mesma situação e precisam se compor”. Em síntese, é preciso, hoje, ultrapassar o neopositivismo constitucional e a limitação dos direitos humanos, “seja corrigindo ou completando o Direito atual com a ideia de Direito como sistema de segunda ordem, cuja função é prevenir e solucionar conflitos, seja, paralelamente, aumentando e aprofundando os direitos humanos com o reconhecimento do valor ontológico da *vida*”<sup>63</sup> (Grifo do autor).

Nesse sentido têm cabimento as palavras de Eugênio Facchini Neto<sup>64</sup>:

Auxiliar na construção de um Brasil mais justo e solidário, com vida em abundância para todos, como queria Cristo, ou com vida digna para cada um, como desejou o Constituinte, pode parecer sonho, algo muito distante, uma utopia. Concebendo que seja sonho: como vamos realizar nossos sonhos se não os tivermos sonhado primeiro? Concebendo que seja algo muito distante: que tristes seriam os caminhos se não fora a presença distante das estrelas!, como lembrava Quintana. Seria quiçá uma utopia? Recordemos então Eduardo Galeano, que comparava as utopias ao horizonte: se eu avanço um passo, o horizonte recua um passo; se eu avanço dois passos, o horizonte recua dois passos; eu avanço cem metros, o horizonte recua cem metros; eu subo a colina e o horizonte se esconde atrás da colina seguinte. Mas então, perguntava ele, para que servem as utopias? Servem para isso, para nos fazer caminhar!

E é justamente com esse propósito, talvez até uma utopia, que se pretendeu demonstrar que alguns bens lesados *verdadeiramente* merecem uma proteção constitucional, com todos os bônus que esse *status* possa trazer, diferentemente do que temos hoje, ainda insuficiente diante da importância dos direitos de personalidade lesados.

### 3. CONCLUSÃO

A natureza do dano imaterial reveste-se de caráter atentatório à personalidade, de vez que se configura através de lesões a elementos essenciais da individualidade, o que demonstra a necessidade de proteção desses direitos por meio de uma ação igualmente constitucionalmente protegida.

---

<sup>63</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

<sup>64</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 55-56.

Devem ser compensadas lesões a direitos fundamentais, à dignidade humana, que acabam por abalar, verdadeiramente, o aspecto psicológico das pessoas. A reparação é, portanto, indefectível, já que o sujeito não pode ficar à mercê de outrem que insulta a dignidade e a igualdade jurídica que deve estar sempre presente. Apoderar a reparação de danos da força da Lei Maior é tutelar o remédio da mesma forma que se protege os direitos em questão, ou seja, é colocar em igual patamar a doença e a droga que permite a cura.

A Constituição assume um papel de centralidade para instituir princípios ao sistema do Direito Privado. Se com os direitos à personalidade se protege o que é próprio da pessoa, como a vida, a integridade física e psíquica, o direito ao corpo, à intimidade, da mesma forma a reparação desses direitos merece especial atenção, significado e colocação jurídica adequada, ou seja, na Lei Maior; afinal, não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo Texto Constitucional.

Os direitos fundamentais obviamente não são tutelados apenas por conta de sua positivação constitucional, pois antecede o jurídico uma dimensão ética, a ele indissociável, que lhe dá fundamento. Ademais, esses direitos fundamentais trazem latente o interesse público na preservação dos valores tutelados.

A Lei Maior, no entanto, não apenas integra o sistema, mas também serve de estatuto do ordenamento jurídico; assim, deve-se preferir a postura constitucionalista em lugar da legalista estrita, porquanto a Carta Magna, como documento jurídico superior, é plenamente assimilada em sua imperatividade material, até porque, interpretar bem a Constituição significa colocá-la ligada à totalidade axiológica do sistema, a fim de se obter a máxima Justiça possível.

Sem sombra de dúvida, o peso e a influência da Lei Maior sobre qualquer preceito, ação, direito são de relevo inquestionável pelas consequências daí advindas, como o fato de refletir este poder em todas as interpretações a serem feitas, pois quem dita o certo e o errado é a *Lex Mater*, e o que está nela jamais será desconsiderado ou subvalorizado. Ademais, quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa; no entanto, um satisfatório desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua aplicação. Também serve de argumento o fato de o ressarcimento do dano assumir uma função reguladora da atividade social, pois quem é condenado a pagar uma reparação, serve de exemplo, de desincentivo.

A dimensão do princípio da dignidade humana e a forma mais adequada de protegê-la são questões ainda em aberto, as quais, pela sua importância, devem ser objeto de reflexão dos Juristas e dos operadores do Direito em geral, ponderando-se, ainda, que cabe aos

primeiros determinar o alcance da proteção que a Constituição dá à dignidade humana, o que não é tarefa fácil ou isenta de controvérsias.

A Constituição não tinha o escopo de exaurir a matéria acerca dos direitos fundamentais e coube, então, a pergunta se o Código Civil atendeu à necessidade de o Direito brasileiro ser dotado com uma disciplina específica da matéria. Defendemos que não, que o Código Civil de 2002 não atende a estes objetivos, não alcançando, minimamente ao Juiz, elementos de ponderação, objetivos e seguros, no sentido de propiciar a tutela dos direitos de personalidade, *nem coordenando* os temas ligados a tais direitos, porque ainda estão espalhados em leis especiais, sem nenhuma ampla norma *centralizadora*.

Deve-se mencionar, todavia, que há juristas de grande expressão, para quem a Lei Maior ideal deveria conter poucas ou nenhuma declaração de direitos, e apenas por lei o regime dos direitos fundamentais seria tratado, para fins de tornar mais flexível e mais efetivo o cumprimento desses direitos; com o que veemente não se concorda pelas razões recém expostas.

#### 4. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre a tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre o desenvolvimento dos Direitos de Personalidade e sua aplicação às relações do trabalho*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.6, ano 3, 2009.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação – crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e Teoria Geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALDASSARE, Antonio. *Diritti della Persona e valori costituzionali*. Torino: G. Giappichelli. s.d.

BALLESTEROS, Jorge Santos. *Instituciones de responsabilidad civil*. t. 1. Santafé de Bogotá: Universidad Javeriana. Facultad de Ciências Jurídicas, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BREYER, Stephen. *Active Liberty – interpreting our Democratic Constitution*. New York: Vintage Books, 2005. p. 3-5, 115.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência da Common Law e na perspectiva do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. *Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. *O judiciário no mundo contemporâneo*. *Juris Plenun*, ano V, n.26, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Premissas para uma análise da contribuição do juiz para a efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Juizado da Infância e Juventude. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Coordenadoria-Geral da Justiça, Porto Alegre, n.2, p. 12-15, mar. 2004.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA SILVA, Luís Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GHERSI, Carlos A. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização: os desafios futuros. In: HELLER, Agnes et alii. *A crise dos paradigmas em Ciências Sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Trad. de Fernando Vedia. Buenos Aires: TEA, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARKESINIS B. S.; DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus. *Tort Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith H. *Pessoa, Personalidade, Dignidade – ensaio de uma qualificação*. Tese de Livre Docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith H. *Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MESSINETTI, Davide. *Personalità (diritti della)*. *Enciclopedia Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1984.

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a Lei de Imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Le fonti delle obbligazioni 3 – La responsabilità civile*. Milano: UTET, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas*. *Revista Jurídica*, n. 341, ano 54, mar. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise nas fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 364, nov./dez. 2002.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. Paris: Economica, 1989.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão – os punitive damages* no Direito Comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WHEARE, W. C. *Las Constituciones modernas*. Barcelona: Labor, 1975.

**Recebido:** 11.07.2018

**Aprovado:** 29.01.2019

**Como citar:** LUTZKY, Daniele Courtes. *A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais*. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 01-24, mar.-jun./2019.