

Hermenêutica Constitucional da Responsabilidade Civil

ROBERTO DE ABREU E SILVA

Desembargador do TJ/RJ. Coordenador e expositor do Curso de Responsabilidade Civil - Lato sensu da EMERJ. Professor de Mestrado da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

A hermenêutica constitucional da responsabilidade civil pressupõe o estudo de métodos, técnicas e meios de integração da norma jurídica à luz dos valores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88. No quadro, impõe-se considerar a estrutura das normas jurídicas, noções dos princípios fundamentais de garantia de inviolabilidade de bens imateriais e materiais de pessoa inocente, na perspectiva de solução razoável e justa de conflitos de regras e de colisão de princípios, na ótica pentagonal da constituição, lei, doutrina, jurisprudência e consciência do julgador ou intérprete.

1. VISÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS JURÍDICAS NO ORDENAMENTO POSITIVO

A sociedade organizada em Estado concebe uma arquitetura jurídica estruturada em um mínimo de normas de moral e de ética, por meio de regras e princípios expressos em forma de normas jurídicas. A projeção do panorama estrutural das normas jurídicas na CRFB/88 propicia uma interpretação da norma jurídica constitucional, em sede de responsabilidade civil, integrada pelos princípios e valores que a informam, na proteção da intangibilidade dos direitos fundamentais da pessoa e de seus bens. A Carta Magna é a matriz dos princípios e dos valores maiores da sociedade que permeiam o direito positivo, como normas jurídicas que disciplinam o direito público e o privado, em visão global, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹. Um sistema jurídico equilibrado necessita de normas jurídicas em forma de regras e princípios. O modelo

¹ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Art. 3º, II.

de ordem jurídica sedimentado em princípios, regras e procedimentos assegura um máximo de razão prática na efetivação do direito. A Constituição tem subjacente em seu conteúdo a idéia de revelação de uma justiça fundamental, em que o injusto se afigura inconstitucional².

Os princípios expressam valores essenciais da sociedade e assumem funções genéticas, normativas e de mandados de otimização da ordem jurídica de um país imprimindo uma melhora do direito, como instrumentos de concretização da justiça, na medida em que vivificam com seus fundamentos as normas e regras jurídicas positivas. A subsunção clássica das normas jurídicas, em ponderação, segundo os fatos, valores e princípios da Carta Magna, estes, com onipresença máxima, quando da concretização do direito, legitima um Estado Constitucional Democrático de Direito, na visão de Robert Alexy³.

As regras jurídicas têm um caráter definido, com pouco ou nenhum grau de abstração, no momento da efetivação de seu conteúdo, ponto em que reside a diferença principal entre princípios e regras jurídicas, conforme proclama o escritor J.J. Gomes Canotilho⁴. Estabelecem normas impositivas de fazer

² SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999, p. 122 § 2, versa sobre: A potencial inconstitucionalidade da lei injusta. Nesse mesmo sentido é a obra de FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989.

³ ALEXY, Robert. **El Concepto Y la validez del derecho**. Madrid: Gedisa, 1994, p. 159/177, estudios Alemanes. *"Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas...el modelo reglas/principios/procedimiento es el modelo de sistema jurídico que asegura un máximo de razón práctica en el derecho y, por esta razón, es preferible a todos los otros modelos...Con los principios constitucionales vectores, especialmente con los tres principios iusfundamentales de la dignidad, la libertad y la igualdad, y con los tres principios de fines y estructura del Estado de derecho, la democracia y el Estado social, se han incorporado como derecho positivo al sistema jurídico de la República Federal de Alemania, las formulas principales del moderno derecho racional. Sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón práctica incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación directa."*

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. revista, Coimbra: Almedina, 1993, p.167. *"...os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida."*

⁵ Como, v.g., a norma que fixa a maioria civil aos 21 anos (art. 9º do antigo Código Civil, Lei nº 3.071/16. 50ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999).

ou de não fazer, satisfazendo-se, normalmente, com a interpretação literal ou gramatical⁵. Quando a lei atenta contra um princípio afigura em si uma potencial inconstitucionalidade, conforme arguta percepção do jurista e magistrado, William Douglas⁶, afigurando-se falta jurídica de intensidade, mais grave que a transgressão de uma norma, como doutrina Celso Antonio Bandeira de Melo⁷:

“A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa uma insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”

A visão unitária e harmônica da ordem jurídica pátria impregnada do sentimento do justo advindo dos princípios é ingrediente indispensável ao legislador, exegeta e julgador, no momento de elaboração, interpretação e de aplicação da lei objetivando a manutenção da paz social e realização da Justiça. Por isso, prossegue-se a análise acerca dos princípios jurídicos importantes para o estudo do fenômeno da constitucionalização da responsabilidade civil, esculpidos na CRFB/88.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUAS FUNÇÕES

O princípio é considerado como fonte vital que se consubstancia no próprio fundamento de normas jurídicas. O princípio é um vetor que informa o conteúdo da norma jurídica orientando o legislador na feitura da lei e do julgador na sua aplicação, *ut* expressão de João Melo Franco e Herlander Antunes Martins⁸.

Os princípios jurídicos têm força normativa, no sentido de obrigatoriedade, assumindo, essencialmente, duas funções: a) de norma de conduta, quando indica um modelo de comportamento esperado pela sociedade, contendo preceito e sanção. O art. 5º, *caput*, X da CRFB/88 é o exemplo claro do

⁵ DOUGLAS, William. **Como passar em provas e concursos**. Rio: Impetus, 1988, p. 470. *“Além disso, quando a lei atenta contra um princípio, e esse princípio tem sede na Constituição, existe uma intensa chance da lei ser inconstitucional.”*

⁷ BANDEIRA, Celso Antonio de Melo. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1986, p. 230,

⁸ FRANCO, João Melo e MARTINS, Herlander Antunes. **Conceitos e Princípios Jurídicos**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 556. Princípio *“traduz um sentido do direito, um vector que informa o conteúdo das normas, orientando o legislador e o intérprete, mas que pode, em determinadas condições, ser directamente aplicado a casos concretos. Induz-se de fontes e normas pela construção e sistematização científicas”* (apud A. Menezes Cordeiro. **Direitos Reais**, 1979, p. 60).

princípio do *neminem laedere* exercendo a função normativa, na medida em que estabelece como preceito o dever jurídico de respeito ao direito à vida, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à integridade moral etc., assegurando como sanção, em caso de violação, a obrigação de reparar os danos; e, b) como instrumentos hermenêuticos, que devem ser utilizados pelo intérprete, para aquecer as letras frias dos textos da lei, com o sentimento de Justiça, na adequação do fato à norma legal, tal como o espírito que vivifica o corpo.

Essa visão da dupla função dos princípios é anunciada, com clareza, por Edilsom Pereira de Farias⁹.

A dupla função dos princípios corresponde às normas primárias, aplicáveis, diretamente, a um pressuposto fático ou de norma secundária, que orienta a interpretação normativa, na concepção de Luiz Prieto Sanchis¹⁰.

Os princípios têm ainda a função genética, de fonte legislativa e de otimização da Justiça, inspirando o legislador no momento da feitura da lei e oxigenando a norma jurídica no momento de sua interpretação ou aplicação. Por isso, os princípios, com considerável grau de abstração, nas funções genéticas, normativas, interpretativas e de otimização da Justiça, permitem a densificação ou preenchimento da lacuna da norma jurídica, no sistema jurídico aberto às concepções de *Verdade* e de *Justiça* como é o do Brasil, sensível à mudança da realidade social. Tais princípios possibilitam a integração de valores como os da liberdade, igualdade, eqüidade, democracia, inviolabilidade da vida, integridade corporal e patrimonial, no momento da feitura, interpretação e de aplicação da lei, no caso concreto, *ut J.J. Canotilho*¹¹. No direito pátrio, a permissibilidade de colmatação da

⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 41. "*Aqui encontramos essencialmente duas funções: os princípios como instrumentos hermenêuticos e os princípios como normas de condutas.*"

¹⁰ SANCHIS, Luiz Prieto. **Sobre princípios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.155.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 3 e 111: "*Procura-se compreender a normatividade de uma constituição positiva que aqui se pressupõe (cfr. infra, Parte I, Cap. IV) como integradora dos princípios fundamentais de justiça, ou seja, como "reserva" e "garantia" da justiça. O direito constitucional não se esgota na positividade das normas da Constituição; deve ser um direito justo... A validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico...*"

lacuna da lei e de sua integração com os princípios gerais de direito¹² e os valores de *Verdade* e de *Justiça* radicam na LICC¹³.

2.1. Princípio da unidade da Constituição

Em face do sistema tridimensional constituído de fatos, valores e normas da ordem jurídica pátria, não se pode olvidar, na interpretação, o princípio subjacente da unidade da Constituição. Esse princípio, embora conduza à rejeição de teses como as das antinomias normativas e das normas constitucionais inconstitucionais, é uma exigência de harmonização do sistema jurídico. O princípio da unidade dirige-se a todas as autoridades encarregadas de aplicar as normas jurídicas, desdobradas em regras e princípios, dentro da lógica do razoável, compreendendo o direito como um todo, uma república de células comandadas pela sabedoria dos órgãos políticos, que representam cabeça e inteligência de um corpo social, na visão metafórica de Platão¹⁴, para fins de concretização do direito e realização da justiça.

¹² Os princípios gerais de direito são considerados como normogénéticos do direito positivo que estão sediados na CRFB/88 atuando como indutores de toda legislação infraconstitucional, devendo ser integrados à norma, no momento de sua elaboração, interpretação e aplicação do direito, nos casos concretos. A equidade corresponde às exigências de distribuição da Justiça, em justo meio, enquanto igualdade proporcional, no caso concreto. Exemplos de princípios gerais de direito: a) segurança jurídica - processo civil ou penal; b) exigências de Justiça; c) proteção do bem comum; d) proteção da integridade da pessoa e de sua propriedade; e) a boa-fé nos negócios jurídicos; f) princípio da igualdade jurídica; g) princípio proibitivo de invocação e do benefício da própria torpeza do agente; h) o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado; i) princípio do *honeste vivere neminem laedere, suum cuique tribuere*" (Ulpiano. Institutas) etc.

¹³ LICC. Decreto-Lei nº 4.657/42. 50ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

¹⁴ Platón. "La República". De Platón hasta hoy, William Ebenstein. *Wediciones de la Revista de Occidente*. Madrid, 1965, p. 43/59, Los Grandes Pensadores Políticos. Platão, (427-347 A.C.) expandiu suas idéias políticas e jurídicas na obra **A República**. Concebeu um Estado perfeito, comparando-o com o corpo humano, cujos membros se governavam pelo exercício de virtudes, dentre as quais a mais excelsa é a virtude da *Justiça*, que determina a Ordem e a Harmonia social. Segundo Platão, a pessoa humana tem três potências em seu interior: a) a parte racional, comparada à cabeça do homem, possibilita o conhecimento das idéias e se rege pela virtude da *Sabedoria* ou *Prudência* dos políticos; b) a parte irascível, que corresponde aos impulsos e afetos do homem compreendida na virtude da *Fortaleza* ou *Segurança*; c) a parte própria das necessidades primárias do homem, que tem como virtude a *Moderação* ou *Temperança*. Nesse Estado ideal, os Governantes se guiam pela virtude da *Sabedoria*, os guerreiros cultivam a virtude da *Fortaleza* e os artesãos e agricultores se dedicam à virtude da *Temperança*. Acrescendo a essas virtudes próprias dos homens de cada classe social, como assinaladas, tem-se a *Justiça*, que é a virtude *Universal*, por excelência, pois, se aplica, a todos os homens, por igual. Platão considera o ato justo como o cumprimento do próprio dever, e, assim, a Justiça consegue estabelecer a Ordem e Harmonia na Sociedade.

A legitimidade da interpretação outorgada pela Constituição ao Poder Judiciário, em seus diversos órgãos, permite a identificação ou descoberta da norma, para a sua aplicação amoldada ao caso concreto, flexibilizando a lei com o sentimento de justiça do julgador, atendendo às mudanças sociais, no tempo de sua concretização. Procedede-se, portanto, na lacuna da lei, à colmatação do vazio legislativo, integrando a norma, no processo hermenêutico, com os valores fundamentais consagrados na Constituição como: inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bens extrapatrimoniais e patrimoniais do ser humano, no prisma do princípio da unidade da Constituição.

2.2. Princípio da proporcionalidade

Um princípio fundamental que deve integrar a exegese jurídica e aplicação da justiça, em caso concreto, para corrigir eventual injustiça resultante de uma interpretação literal, contrariando, às vezes, o próprio espírito da lei, é o da proporcionalidade. Este princípio, em sede de responsabilidade civil, é aplicável quando se verifica que o exercício de um direito se apresenta excessivo, anormal ou abusivo, transmutando-se o ato lícito em ilícito, de direito em abuso de direito. O princípio da proporcionalidade compreende os subprincípios: da pertinência, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. 1) Princípio da pertinência, aptidão ou adequação: consiste no justo meio para concretizar um fim baseado no interesse público. 2) Princípio da necessidade ou da utilidade: consiste na escolha do meio mais suave, menos gravoso, para realizar o objetivo da lei. Escolhe-se entre os dois males, o menor. 3) Proporcionalidade em sentido estrito: exige a ponderação entre o ônus infligido e o benefício trazido, proibindo a utilização de meios desproporcionais para a realização da vontade concreta da lei. Este princípio foi aplicado pelo Ministro Ozozimbo Nonato no RE. 18331, equilibrando em justo meio, o poder de taxar, a liberdade de trabalho, do comércio, indústria e o direito de propriedade¹⁵.

¹⁵ STF RE. 18331 (1953) "O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso ou desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do "**détournement de pouvoir**". Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgadores têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da CRFB/88 pode se atender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo indicado".

O princípio da proporcionalidade serve como instrumento de medida de intensidade da gravidade da falta jurídica e dos danos perpetrados pelo lesante em ato ilícito, considerando a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do fato, para fins de arbitramento da reparação (arts. 944, parágrafo único e 945 do Código Civil), como ocorre, v.g., no aquilatar dos danos morais. A proporcionalidade constitui princípio essencial ao Estado de Direito, para materializar-se a vontade concreta da lei, com equilíbrio, quando os direitos e as liberdades fundamentais de pessoas forem lesados ou se apresentarem em rota de colisão. Este princípio tem plena e necessária operatividade, no direito pátrio, para garantia dos direitos e das liberdades, assegurados pela Carta Magna, concretizando a realização de um direito, com equidade e Justiça¹⁶. O princípio da proporcionalidade constitui, pois, um instrumento de valor, para colmatarem-se os vazios das insuficiências legislativas do Estado ou corrigirem-se defeitos de interpretações gramaticais que podem conduzir a uma flagrante injustiça, contrariando a própria *ratio legis* da norma jurídica, quando desatualizada no tempo, em contraste com a realidade e mudanças de valores sociais. Existe o defeito quando são adotadas medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucional adequada do direito fundamental, como ocorre, v.g., no discurso da criminalização do trabalho infantil a despeito de proteger-se o desenvolvimento da personalidade da criança.

O princípio da proporcionalidade, no Brasil, existe como norma esparsa no texto constitucional, inferindo-se o seu conteúdo de outros princípios que lhe são afins, como os da liberdade, da igualdade-proporcional, de equidade e de Justiça, inerentes ao próprio Estado de Direito. A aplicação do princípio da proporcionalidade tem lugar nos casos de incidência das normas dos artigos 5º, *caput*, V, X e XXV e 37, IX da CRFB/88, que dispõem sobre os direitos e deveres individuais, coletivos, difusos e da administração pública, dentre outros, como assinala o constitucionalista, Paulo Bonavides¹⁷.

A descoberta de princípios fundamentais na interpretação da norma

¹⁶ STF, ADIN 958. Relator Ministro Marco Aurélio entendeu que o princípio da proporcionalidade teria assento na cláusula do devido processo legal, entendida enquanto garantia material.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 395. "A aplicação do princípio se insere, do mesmo, passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional: incisos, V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais;... inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; ...inciso IV do art. 175 sobre a prestação de serviços públicos."

jurídica constitui a visão principialista do Direito, como assinala o eminente constitucionalista¹⁸. Seguindo a linha de raciocínio principialista, não se podem olvidar os princípios jurídicos como: Estado de Direito, Democrático, Republicano, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da incolumidade pessoal e patrimonial das pessoas (art. 5º, *caput*, X da CRFB/88), na interpretação e concretização da norma jurídica, na perspectiva da doutrina da jurista Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹. Esses princípios constituem as normas-chaves de todo o sistema jurídico vigente no país²⁰, aplicáveis às normas e instituições, constituindo uma forma de interpretar na visão principialista. Na ótica da exegese, não se pode esquecer que o princípio democrático é densificado pelo princípio do sufrágio universal, com a participação democrática dos cidadãos, na escolha da elite dirigente, devendo respeitar-se a separação e interdependência dos órgãos de soberania do Estado, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e os direitos e garantias fundamentais, considerados como cláusulas pétreas, não se admitindo, sequer, proposta de emenda tendente à abolição desses direitos (art. 60, § 4º da CRFB/88), que equilibram a coexistência do Estado,

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.395. *"A este modo de conceber o direito e de realizá-lo e que se move através dos princípios, creio que se lhe pode chamar com justiça de concepção principialista do Direito. Na concepção e no modo de operar principialista, o jurista trata, antes de tudo, de descobrir os princípios gerais atuantes das normas e nas instituições."*

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Constituição e Direito Civil: tendências. Direito, Estado e Sociedade**. PUC. V. 15, ago/dez.1999. p. 101. *"Se o Estado de Direito, iluminista e racional se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrarias ou injustas modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto, é, o da dignidade da pessoa humana."*

²⁰ O princípio do Estado de Direito é o sustentáculo dos princípios de constitucionalidade, legalidade, vinculação do legislador a direitos fundamentais, e de independência dos Tribunais, dentre outros. A outro tanto, os princípios gerais fundamentais, por sua vez, concretizam-se por meio de outros princípios como, *v.g.*, o princípio da legalidade da administração, que é densificado pelo princípio da prevalência da lei e pelo princípio da reserva de lei. Por outro lado, o princípio da vinculação do legislador aos direitos e deveres fundamentais é densificado por outros princípios, como o da proibição de sua violação, do excesso, da irretroatividade das leis e do respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

da sociedade e das relações entre as pessoas.

2.3. O princípio constitucional *neminem laedere*

Dentre os princípios fundamentais do homem presentes na consciência dos povos civilizados e que deve ser considerado na elaboração da lei e aplicação do direito na efetivação da Justiça, destaca-se o do ***honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere***²¹ (Viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu), que se encontra esculpido, em forma de norma jurídica, contendo preceito e sanção, na disposição do artigo 5º, *caput*, X e XXII, da CRFB/88. O princípio, em foco, constitui um dos postulados básicos da ordem legal, inspirado na sabedoria universal de conhecimento dos povos. É formado de normas jurídicas provindas de regras de moral, que informam e densificam os conteúdos da legislação positiva de cada país.

O princípio ***neminem laedere*** (não lesar a ninguém) se encontra normatizado na CRFB/88 impondo a todas as pessoas os deveres jurídicos fundamentais, legais e constitucionais de respeito à bem de outrem, ao mesmo tempo em que estabelece a sanção do responsável civil em forma de reparação pecuniária dos danos materiais ou morais, na concreta transgressão da norma. O princípio do ***neminem laedere*** foi positivado na ordem jurídica Constitucional, como norma proibitiva de conduta e de proteção positiva dos direitos fundamentais, garantindo a inviolabilidade da vida (art. 5º, *caput*²²) e a integridade do corpo físico, imaterial e do patrimônio da pessoa. O legislador constitucional coloca sob o pálio da proteção do dano moral a intangibilidade das esferas internas da intimidade do ser humano. A Carta Magna estende sua proteção de intangibilidade, também, às esferas externas do homem, assegurando a inviolabilidade da propriedade de bem móvel ou imóvel, nas relações entre o homem, a sociedade, o Estado e o seu meio ambiente.

O princípio ***neminem laedere*** constitui um dos pilares básicos da ordem jurídica vigente, que densificam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida em que garante a integridade corporal e patrimonial da pessoa, contra ato lesivo e injusto de outrem. O processo de concretização da vontade constitucional densificado, com harmonia,

²¹ ULPIANO, L.1, tit 1, 10 § 1º, *apud* NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 7ª. ed. RJ: Brocardos Freitas Bastos, p. 582 e ainda *apud* CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. 13ª ed. Rio: Forense, 1990, nº 11, p. 24.

²² Constituição Federal de 1988. Op. cit. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

princípios e regras jurídicas deve ser realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo, na elaboração da lei e pelo Poder Judiciário, no momento de interpretação e aplicação da norma jurídica, no caso concreto.

O princípio ***neminem laedere***, originário dos arts. 1º, III e 5º, X, da CRFB/88, que inspirou as normas da legislação ordinária, em sede de responsabilidade civil, nos artigos 186, 187, 188 e 927, 928, 929 a 938, 942 a 954 do Código Civil e todos os outros dispositivos reguladores de direitos provenientes de danos, afigura-se indissociável da norma secundária infra-constitucional, devendo, portanto, integrá-la na interpretação e aplicação no caso concreto de responsabilidade civil, tal como o espírito anima o corpo humano em todas as suas atividades. Os Poderes de legislar e de julgar outorgados aos órgãos competentes jungem-se aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e dos Direitos, Garantias e Deveres Fundamentais, expressos nos artigos 1º a 5º da CRFB/88.

O desrespeito aos princípios fundamentais, dentre os quais se inclui o ***neminem laedere*** pode configurar a ilegitimidade constitucional da lei ou da norma jurídica, nos planos abstrato ou concreto, desencadeando a declaração de inconstitucionalidade (art. 101, III, b, CRFB/88) direta ou incidental resultando na sua inaplicabilidade nos julgamentos de casos concretos ou na sanção judicial de nulidade e de ineficácia dos atos infringentes ao mandamento constitucional²³.

3. A GARANTIA E O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As normas de direitos fundamentais constituem preceitos constitucionais destinados a proclamar o reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais²⁴, assegurando um *status* jurídico-ma-

²³ O controle da constitucionalidade das leis no Brasil é exercido: a) pela Presidência da República, no exercício de seu poder de veto; b) pelo Supremo Tribunal Federal no controle de legitimidade constitucional das leis federais (art. 102, I CRFB/88); c) pelos Tribunais Estaduais, no controle direto da constitucionalidade das leis estaduais e municipais (art. 97, CRFB/88); e, d) pelos, juízes monocráticos e os tribunais coletivos, por meio do controle difuso da inconstitucionalidade da lei, deixando de aplicá-la, no caso concreto.

²⁴ Os direitos fundamentais podem ser classificados em primeira, segunda e terceira gerações. Direitos de primeira geração são as liberdades clássicas, negativas, com suporte no princípio da liberdade (art. 5º, caput e inciso X, CRFB/88, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas). Direitos de segunda geração pressupõem o princípio da igualdade, configurando as liberdades positivas, nos setores econômicos, culturais e sociais (arts. 6º, 7º direitos sociais, dos trabalhadores, etc.). Direitos de terceira geração têm suporte no princípio da solidariedade ou fraternidade (v.g., direito ao progresso, à paz, ao meio ambiente equilibrado, direitos difusos - arts. 4º, IX, 225 §§ 1º a 6º, etc.)

terial às pessoas. A garantia constitucional é uma disciplina que tutela o exercício de direitos fundamentais, outorgando, ao mesmo tempo, a proteção adequada à concretização da vontade do legislador constitucional, por meio de defesas institucionais.

A Constituição de 1988 proclamou a proteção dos direitos individuais, reproduzindo norma da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Assembléia das Nações Unidas²⁵, estendendo essa tutela a direitos transindividuais, no artigo 5º, abrangendo nesse contexto interesses coletivos, alçados à categoria de direitos fundamentais²⁶. Fomentou a criação de associações e cooperativas (art. 5º, XVII e XVIII), para a tutela dos interesses coletivos comuns permitindo atribuírem-se personalidades jurídicas a grupos de pessoas unidas por interesses de fato e jurídicos comuns. Essa norma, também, outorgou proteção à pessoa jurídica.

A Carta Magna de 1988, com relação à tradição constitucional brasileira, inovou mais uma vez, ao colocar ao lado dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, física ou jurídica, deveres jurídicos de cuidados, igualmente, fundamentais, exigindo de todos o cumprimento do dever de respeito aos direitos e bens das pessoas no exercício de suas liberdades, proibindo, como corolário, a ofensa ilegítima, categoricamente, na expressão impositiva de conduta do *neminem laedere* (não lesar a ninguém), como proclamou-se na Convenção Européia de proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais²⁷. Em consequência, impôs ao responsável a obrigação de reparar os danos morais ou materiais perpetrados contra bem de pessoa inocente, em violação da norma jurídica do artigo 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88.

A norma jurídica que resguarda bem de valor social e moral mais

²⁵ LITRENTO, Oliveiros L. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio: Forense, 1968, p. 531/537. Documento nº 7. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Aprovada em Resolução III Sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas. Artigo XXIX 1. *"Todo homem tem deveres com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade essencial. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente, com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática."*

²⁶ **Constituição Federal de 1988**. Op. cit., Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Capítulo I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

²⁷ Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Protocolo 11, em vigor, a partir de 01.11.98. *"Art. 1º. Obrigação de respeitar os direitos do homem. Art. 8º. Direito ao respeito à vida privada e familiar"*. Protocolo adicional à Convenção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. *"Art. 1o. Proteção da propriedade. Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito de seus bens..."*

elevado recebe para a garantia de seu preceito uma, dupla ou mais sanções, segundo o critério de sua valoração e repressão, situação jurídica conhecida na doutrina, como norma **plus quam perfectae** (mais que perfeita), em consideração ao bem da vida tutelado pela ordem jurídica, na lição do professor, Miguel Reale ²⁸.

Exemplo clássico dessa situação é o caso de homicídio ou lesão corporal, em que o lesante com uma só ação transgredir dois ou mais preceitos, incidindo, em consequência, nas sanções de ordem penal e civil, previstas nas normas dos artigos 5º, *caput*, X da CRFB/88, 129, § 6º do Código Penal e dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que pode consistir na privação da liberdade pessoal do lesante e no comprometimento de seu patrimônio, em vista a obrigação de reparar os danos injustos.

4. A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem da pessoa humana integram os direitos da personalidade e têm na ordem jurídica brasileira dupla proteção: a) de direitos fundamentais na esfera constitucional²⁹; e, b) direitos da personalidade, nas esferas infraconstitucionais (civil e penal).

Na feição de direitos fundamentais³⁰, a Constituição de 1988 garantiu, de forma explícita, no inciso X, do artigo 5º, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem da pessoa, assegurando o direito à

²⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 126. As normas jurídicas classificadas quanto à sua violação podem ser desdobradas em quatro classes, segundo os ensinamentos do Prof. Miguel Reale, com exemplos colacionados por este autor: a) **plus quam perfectae** (mais que perfeitas) quando a violação determina duas consequências jurídicas. (Ex. homicídio art. 121 CP e 186 novo Código Civil - CC; outro exemplo: art. 1.521,VI (bigamia) = nulifica o ato o art. 1.548,II, mais a pena pelo crime de bigamia); b) **perfectae** (perfeitas) são aquelas que fulminam de nulidade o ato, sem qualquer outra sanção de ordem pessoal. Ex. um menor absolutamente incapaz, que por si só firma contrato de compra e venda. c) **minus quam perfectae** (menos que perfeita) são normas que não privam o ato de sua eficácia, mas apenas impõem uma restrição ao agente infrator, como direito real de hipoteca a favor dos filhos (ex. art. 1.523,I c/c 1.489,II, do CC. d) **imperfectae** (imperfeitas) são normas jurídicas desprovidas de sanção. Ex. obrigações naturais (Dívidas de jogo, dívidas prescritas - art. 882 CC) que não são exigíveis, judicialmente, porém, se pagas são irrepetíveis.

²⁹ CRFB/1988. art. 5º §§ 1º e 2º. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é signatário recebem tratamento especial como direitos constitucionais fundamentais tendo eficácia imediata no âmbito interno.

³⁰ Os direitos fundamentais visam à proteção da dignidade humana. Há dificuldade doutrinária na precisão desse conceito, utilizando-se expressões sinônimas como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

indenização, pelo dano material ou moral decorrentes da violação dessa garantia. Esses direitos configuram esferas de garantias da proteção maior da vida e dignidade da pessoa humana, consagrados como direitos fundamentais do homem, revestidos do tegumento protetório da imutabilidade das cláusulas pétreas, com plena e imediata eficácia (arts. 60, § 4º e art. 5º, § 1º da CRFB/88). Como direitos da personalidade, essas esferas de proteção da dignidade da pessoa humana podem ser classificadas em três grupos, segundo a lição de Carlos Alberto Bittar³¹: a) direitos físicos: à vida, à integridade física, ao corpo, à imagem (efígie) e à voz humana; b) direitos psíquicos: à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros), à intimidade, ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional); c) direitos morais: à identidade pessoal (nome e outros sinais individualizadores), à honra (reputação ou consideração social), desdobrando-se em objetiva (externa) e subjetiva (interna) e às criações intelectuais (dentre estas, o direito moral do autor).

A seu turno, doutrina Orlando Gomes³², no mesmo sentido, desdobrando os direitos da personalidade em: 1) direitos à integridade física: a) direito à vida; b) direito sobre o próprio corpo; e, c) o direito ao cadáver; e 2) direitos à integridade moral: a) direito à honra; b) direito à liberdade; c) direito ao recato; d) direito à imagem; e) direito ao nome; f) direito moral do autor.

5. A INTEGRIDADE DA VIDA HUMANA COMO OBJETO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A vida humana é a essência do ser e do direito da personalidade de uma pessoa, assegurando a ordem jurídica na sua proteção, a integração harmônica do homem consigo mesmo e na relação com os seus semelhantes no mundo exterior.

A CRFB/988 consagra a tutela integral da personalidade, em todas as suas expressões, física e moral, confluindo com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, no magistério de Maria Celina Bodin de Moraes³³.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 10.

³² GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, nº 78, p. 133.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin. **Revista do Departamento de Direito da PUC**. Rio, nº 9, 1991. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *"A pessoa humana - e, portanto, sua personalidade - configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as suas manifestações, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (art. 1º. III)."*

A vida humana constitui o objeto próprio da proteção do direito, no sentir do constitucionalista José Afonso da Silva³⁴. A proteção do direito à vida³⁵ engloba o direito à existência, à dignidade da pessoa humana³⁶, à integridade corporal, (física e moral). A proteção do direito à integridade física e moral, no preceito do artigo 5º, *caput*, IX e X, da CRFB/88, completa a tutela do direito à vida, porquanto se afigura inegável que a agressão ao corpo humano é uma violência que se perpetra contra a própria vida do indivíduo, na visão deste ilustrado professor³⁷: “Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo.”

Daí porque as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Qualquer pessoa que as provoque fica sujeita às penas da lei. Na lição de Cleber Francisco Alves³⁸, utilizando expressões do profº Diogo Leite de Campos, na monografia *Indenização do Dano a Morte*, em 1975: “A lesão do direito à vida produz o dano da morte que seria o “prejuízo supremo”, enquanto representa “a lesão de um bem superior a todos os outros”,... havendo pois um “imperativo ético de indenizar o dano da morte” sob pena de se fomentar, indiretamente, um estímulo ao homicídio e às lesões mais graves, capazes de provocar a morte imediata.” Assim, a tutela da integridade corporal do indivíduo representa uma forma de proteção constitucional

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 182. “A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, *integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais).*”

³⁵ Convenção dos Direitos do Homem... “Art. 1o. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei... Art. 6o. Direito a um processo equitativo e da proteção da vida privada das partes no processo.”

³⁶ O direito à existência digna, embora seja tema controvertido, pode ser considerado como proteção constitucional em interpretação sistêmica da Carta Magna, envolvendo o preâmbulo, arts. 1º, III, 3º, 5º, 7º, IV, 227, § 7º, etc.

³⁷ SILVA, José Afonso. Op cit., p. 183.

³⁸ ALVES, Cleber Francisco. “Considerações sobre os direitos da personalidade e o respeito à integridade física do ser humano”. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, v. 41, p.51/58, 1999. “Reproduz, ainda, às fls. 55, o magistério do professor Diogo Leite de Campos, concernente ao direito à vida, como um dever de respeito que se impõe aos outros, como um direito absoluto, na expressão: “o direito à vida é um direito ao respeito da vida perante outras pessoas (grupos e Estado). É um direito *excludendi alios* e, nō nesta medida, é um direito.”

à integridade da vida, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana.

5.1. A vida privada

A Constituição de 1988 protegeu, de forma autônoma, a vida privada, como uma das esferas da intimidade do ser humano. Vida privada tem o sentido de privacidade em níveis de relacionamentos sociais que o indivíduo mantém ocultos ao público em geral, como: a vida em família, as atividades profissionais, bancárias, etc. Darcy Arruda Miranda fundamenta que o legislador separa a vida privada da vida íntima da pessoa. Considera como integrantes da vida da pessoa os fatos da vida íntima, bem como todos aqueles que não sejam de interesses da sociedade³⁹. Edilsom Pereira de Farias⁴⁰ entende a expressão vida privada, utilizada pelo legislador constitucional, como equivalente ao termo intimidade, no sentido amplo, direito da personalidade que se preserva do conhecimento público e no sentido estrito, significa uma das esferas da intimidade.

Em verdade, a intimidade é uma das expressões da vida privada, em sua esfera mais interna e restrita. Compreende o direito de reservar-se da intromissão alheia, como: impedir a violação de domicílio (art. 150 do C. Penal), possuir um diário íntimo, manutenção de segredos, sigilo de uma relação amorosa íntima, etc.).

A rigor, o direito protege a vida individualizada do ser humano, em sua essência, assegurando a inviolabilidade corporal e moral, fenômeno que envolve as esferas jurídicas internas do indivíduo, como a honra subjetiva, a intimidade, a vida privada e a imagem da pessoa. A vida do ser humano é a fonte primária de todos os direitos fundamentais e das relações jurídicas que a ela concernem reguladas pela lei. Não tem sentido assegurar-se a liberdade, a privacidade ou intimidade privada, se não se protege a vida individualizada da pessoa humana, que é a expressão de maior valor dentre os direitos fundamentais do homem. Por isso, a interpretação mais adequada da norma do artigo 5º, *caput* e X, da Carta Magna de 1988 consiste na outorga de garantia categórica à incolumidade integral da vida do ser humano, abrangendo o corpo físico e o imaterial. O manto dessa proteção acoberta a inviolabilidade da vida individualizada humana e a vida privada no sentido de privacidade, abrangendo as esferas jurídicas internas da intimidade, honorabilidade e da imagem da pessoa. Essa norma constitucional de conduta se afigura

³⁹ MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 279.

⁴⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit., p.117/119.

perfeita no mundo jurídico, na medida em que nela se identifica o preceito que contém dever jurídico de não causar danos a outrem (**neminem laedere**), que é proibitivo de conduta, e a sanção de reparar os danos morais ou materiais que se impõem ao infrator em decorrência da violação legal.

A expressão utilizada, vida privada, significa um dever jurídico imposto a todos, de respeito à privacidade da pessoa, que é uma faceta, um **minus**, do objeto maior de sua proteção a vida individualizada no corpo de um ser humano.

As normas de direitos fundamentais, liberdades e garantias têm aplicação direta e independente de intervenção legislativa, porquanto são de eficácia plena, valendo até mesmo contra a lei, que lhes estabeleça restrição ou regule a situação de forma diversa. Nesse diapasão, manifesta-se J.J. Canotilho⁴¹. A norma do artigo 5º, X, da Carta Magna de 1988, como cláusula de proteção à vida privada do indivíduo se apresenta auto-aplicável, conforme lição de Pietro Perlingieri⁴², porquanto contém os pressupostos indispensáveis à sua auto-executoriedade, que são: preceito e sanção.

O Superior Tribunal de Justiça, nessa trajetória hermenêutica, cristalizou este pensamento depurado nos Tribunais, na Súmula 37, na medida em que estabeleceu a possibilidade de cumulação do dano material e do moral defluentes do mesmo fato lesivo à vida ou incolumidades física e moral da pessoa, com eficácia imediata e independente de lei complementar, como, *v.g.*, ocorre no caso de se perpetrarem lesões corporais ou a morte de pessoa inocente.

5.2. O direito à integridade moral

A vida humana se integra de elementos materiais e de valores imateriais, conhecidos, também, como extrapatrimoniais ou morais. A Constituição de 1988 (art. 5º, *caput*, X) reconheceu o valor da moral individual,

⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 186. "2. *Aplicabilidade directa das normas de direitos, liberdades e garantias...* A aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfs. arts. 17.o e 18.o/1). Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição".

⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3ª ed. Rio: Renovar, 1997, p.154/155. No capítulo V, cuida da análise do fato, efeito, situação subjetiva e relação. Fundamenta que o fato concreto constitui o ponto de confluência entre a norma e a realidade. Entende que a tutela constitucional da integridade corporal e da saúde da pessoa repugna o dano injusto (art. 2043CC Italiano), concluindo que a cláusula de tutela dos direitos invioláveis do homem, é norma diretamente aplicável.

sintetizando a honra, o bom nome, a imagem, a boa fama e a reputação, nas esferas jurídicas que integram a personalidade do homem.

Em decorrência, atribuiu a todos, que não o titular, o dever jurídico fundamental de respeito à integridade moral do ser humano, tornando reparável a sua lesão injustificada em lei. A moral da pessoa física compreende um somatório de virtudes que formam o seu caráter, conferindo-lhe uma *performance* extrapatrimonial, conforme assinala Clayton Reis⁴³. A proteção à integridade moral, na CRFB/88, alcançou a pessoa jurídica no propósito de resguardar a sua credibilidade e respeito, preservando o seu bom nome ou a boa imagem.

A CRFB/88 protege, assim, o valor social e moral da pessoa, física ou jurídica, como se depreende do artigo em estudo e da legislação ordinária, notadamente, nas relações de consumo, quando, *v.g.*, se negativa alguém no sistema de proteção de crédito, indevidamente, como se infere das normas do artigo 6º, inciso VI, c/c o art. 2º da Lei nº 8.078/90.

Na atualidade, o conceito de dano moral consiste no sofrimento causado por lesão à esfera jurídica interna da pessoa física, malferindo as honras subjetivas, próprias do indivíduo, que não se restringem à dor. A pessoa jurídica é passível de lesão em sua honra objetiva, compreendendo esta, como ofensa à imagem, o seu bom nome, diminuindo o conceito público de que goza na sociedade, como ocorre na situação de protesto de título indevido⁴⁴, que é ato cartorário de publicidade, em que o dano moral resulta evidente *ipso facto*.

O dano moral puro, por sua vez, que se verifica quando ocorre lesão

⁴³ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 54. "A integridade moral de uma pessoa é o seu caráter. É, ainda, o somatório de virtudes que compõem a estrutura patrimonial da pessoa. Cada indivíduo possui uma "performance" moral, que identifica e justifica seus atos e palavras."

⁴⁴ RIO DE JANEIRO. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Ap. nº 8.238/96. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho. Julgado em 28.01.97. Esse foi o entendimento lapidar desta Egrégia Corte de Justiça. "Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa Jurídica. Admissibilidade. Prova do Dano Moral. A honra objetiva da pessoa jurídica, consoante entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, pode ser ofendida pelo protesto indevido do título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente. Por se tratar de algo imaterial, ou ideal, não se pode exigir que a comprovação do dano moral seja feita pelos mesmos meios utilizados para a demonstração do dano material. Jamais poderia a vítima comprovar a dor, a tristeza, ou a humilhação através de documentos, perícia ou depoimentos. Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, de tal modo que, provado o fato danoso *ipso facto*, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *Homini* ou *facti* que decorre das regras da experiência comum. Provimento parcial do segundo recurso."

a qualquer das esferas jurídicas internas da pessoa, é admitido de forma expressa no direito brasileiro, com o advento da Carta Magna de 1988, na expressão do artigo 5º, *caput*, X, em comento, por conter os elementos suficientes à sua aplicação imediata. Negar o efeito incontinenti dessa norma de proteção à vida individualizada e privada, à incolumidade físico-moral da pessoa e de seus bens é desconhecer direito vivo, que vem sendo aplicado pelos Tribunais, desde o advento da Carta Magna de 1988, sem que houvesse lei especial regulamentando a matéria. O arbitramento dos danos morais deve proceder-se à luz das regras de experiência comum, com base nos princípios de proporcionalidade, equidade e Justiça (arts. 944, parágrafo único e 945 do Código Civil de 2002), *ut* abordagem, afinal (itens 7 e 8).

5.3. Direito à honra

O direito à honra constitui uma das esferas de proteção da personalidade e dignidade da pessoa humana. No entendimento de Adriano de Cupis⁴⁵, consiste na “dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.” O conteúdo da dignidade da pessoa desdobra-se em honras subjetiva e objetiva. A honra subjetiva consiste na reputação e decoro que conflui na dignidade da pessoa humana refletida em si mesmo. A honra objetiva é a reputação que a pessoa física ou jurídica goza no meio social.

5.4. Direito à intimidade

Os direitos da personalidade de proteção à honra e à intimidade não se confundem, porquanto apresentam diferenças fundamentais. O direito à honra preserva a personalidade individual de ofensas externas que denigrem a reputação ou decoro da pessoa, enquanto que o direito à intimidade protege uma parcela da personalidade mais profunda, na medida em que a reserva da indiscrição alheia, para satisfazer uma exigência de ordem moral e jurídica. Releva notar que pode ocorrer a ofensa à honra, sem que haja a violação da esfera jurídica mais interna da intimidade do ofendido, conforme lição de René Ariel Dotti⁴⁶.

O direito à intimidade configura uma proteção à esfera mais interna da personalidade do titular, para afastar a indiscrição alheia nos assuntos particulares. Consiste na proteção jurídica individual em face de abusos cometidos dentro da esfera privada. O direito à intimidade outorga maior proteção à pes-

⁴⁵ CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes, 1961, p. 112, *apud* FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p.109.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e a liberdade de informação; possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 85.

soa comum do povo do que aos homens públicos. As pessoas célebres mais se expõem aos comentários sociais e da imprensa, tendo, em consequência, que tolerar, em maior resistência, as alusões feitas à sua pessoa, em função da posição social que ocupam. O homem público sofre uma limitação em seu direito à intimidade, mas não, a supressão. O seu direito à intimidade remanesce latente, emergindo quando a divulgação de fato íntimo possa ofender o núcleo da sua esfera jurídica mais interna, denominada direito à intimidade.

O Código Penal Brasileiro ampara o direito à intimidade por meio das sanções nos ilícitos criminais de: a) violação de correspondência (art. 151); b) sonegação ou destruição de correspondência (art. 151, § 1º); c) violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (inciso II) e violação de correspondência comercial (art. 152); d) inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154). Cada uma dessas situações configura, também, ilícito civil, que por si só, justifica o pleito de reparação por danos morais. A violação ao dever jurídico de respeito à intimidade, como ilícito civil, pode ocorrer com a intromissão não autorizada de pessoa alheia em assuntos privados, por meio de instrumentos físico, visual ou eletrônico e na divulgação de fatos que proporcionam abaixamento ou diminuição (*capitis diminutio*) moral do ofendido.

5.5. Direito à imagem

A Carta Magna de 1988, no mesmo dispositivo (artigo 5º, *caput*, X), assegura a integridade física e a incolumidade da imagem, não só do rosto, mas de qualquer parte do corpo humano, como um direito autônomo da personalidade, conferindo ao titular a faculdade de dispor de sua aparência, autorizando ou não a captação ou difusão, por qualquer meio. A proteção do direito à imagem pode ser violada por captação ou utilização, não consentida de fotografia, impressão gráfica, gravação magnética, sonora e visual, pintura, escultura, caricatura, desenho, radiodifusão, cinema, vídeo, televisão etc. A violação do direito à imagem pode ocorrer sem se atingir a honra da pessoa, por não lhe afetar o decoro ou a reputação. Caso típico dessa situação é o da publicação, não autorizada, de fotografia, para fins comerciais, mesmo que a foto possa prestigiar e propagar a beleza corporal do lesado, conforme doutrina de Edilson Pereira de Farias⁴⁷, citando na

⁴⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 122. *"Todavia, a tese de que o direito à honra absorve o direito à imagem não se justifica porque, "l'esposizione o pubblicazione dell'immagine può essere illegittima, anche se non arrechi pregiudizio al decoro o alla reputazione. 35 "1. Por exemplo, constitui violação do direito à própria imagem, sem atingir o direito à honra, a publicação da fotografia de uma pessoa para fins comerciais sem a sua anuência, "mesmo que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade 352". Nessas notas refere-se o autor às obras de Adriano de Cupis. Teoria e prática del diritto civile. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1967, p. 127 e de Walter Morais. Direito à própria imagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 443, p. 69. Set. 1972.*

oportunidade obras de Adriano De Cupis e Walter Morais. A publicação não autorizada no uso comercial lesa direito à imagem, ofendendo o direito da personalidade, situação que implica a reparação civil arbitrável segundo os princípios da equidade, proporcionalidade e de Justiça.

O Código Civil Italiano versa sobre o uso abusivo da imagem, que não se confunde com o abuso do direito⁴⁸, salvo em caso de exercício anormal, irregular ou excessivo de um direito (art. 187 do CC/02). No Brasil, a lesão ao direito de imagem, em publicação comercial não consentida, viola a norma do artigo 5º, *caput*, X da CRFB/88, ensejando a reparação civil.

5.6 A INVIOABILIDADE DA PROPRIEDADE PRIVADA

A Constituição, no artigo 5º, *caput*, incisos X e XXII, garante a inviolabilidade do direito de propriedade⁴⁹, respeitada a sua função social, assegurando ao dono o direito de uso, gozo e disposição, densificado no art. 1.228 do Código Civil, afastando a ingerência alheia, por reconhecimento do direito de exclusão conferido ao titular. A perpetração de danos materiais a bem móvel ou imóvel, contra a vontade de seu titular, configura dano injusto e ilícito, em princípio, por violação da norma constitucional em comento. A norma constitucional, em estudo, contém o preceito proibitivo de

⁴⁸ **Código Civile Italiano.** Padova, CEDAM, 1980. Art. 10 "*Abuso dell'immagine altrui. Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del conjuge o dei figli sai stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni (l. alut. 96,97).*"

⁴⁹ A propriedade, na Carta Magna de 1988, se submete a regimes jurídicos diferenciados *ut* artigos: 5º, XXII a XXVI (garantia, função social, desapropriação, uso e indenização pela autoridade em caso de iminente perigo público, impenhorabilidade da pequena propriedade rural, por ser bem de família) 170, II (propriedade privada) e III (função social), 176 (recursos minerais), 182 (política urbana); 183 (usucapião); 184 (desapropriação para reforma agrária); 185 (propriedades insuscetíveis de desapropriação); 191 (usucapião constitucional); 222 (empresa jornalística e radiodifusão). Propriedade urbana (art. 328 § 1º do CTN). A propriedade rural tem conceito por exclusão, é aquela que não integra as áreas urbanas ou urbanizáveis. Propriedade pública é aquela titularizada por entidade de direito público e instituída a favor do interesse público. A propriedade intelectual confere direitos do autor em obras artísticas, científicas, literárias, musicais, filmes, etc., que se desdobram em morais e patrimoniais. Direitos morais do titular consistem em: ser reconhecido como autor da obra, impedir sua modificação, alterá-la e retirá-la de circulação. Direitos patrimoniais do autor são de usar, fruir e dispor (art. 5º, XXVII, XXVIII, "a" e "b"). Propriedade industrial (art. 5º, XXIX, invenções, marcas de fábrica ou de comércio, etc.). Invenção consiste em novidade (não evidente) e imediatamente aplicável na indústria - patentes. Marcas de indústria ou comércio relacionando o produto ao fabricante ou distribuidor são protegidas pela Carta Magna por meio dos nomes, signos e distintivos das empresas. Direito de herança (art. 5º, XXX, XXXI).

causar danos a outrem, consagrando o princípio do **neminem laedere**, ao mesmo tempo em que atribui a todos, que não o titular, dever fundamental de respeito à integridade patrimonial de bem alheio impondo a sanção expressa de reparar os danos materiais ao infrator.

Não se pode olvidar, na interpretação da lei, que violar um princípio constitucional normatizado, causando dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial à pessoa inocente, por falta de diligência e prudência na ação do lesante é muito mais grave que transgredir uma norma ou uma regra jurídica infraconstitucional. Atenta-se contra todo o sistema da ordem jurídica, porquanto o dano injusto compromete o equilíbrio das relações entre pessoas.

A infringência de um princípio como o impositivo do dever jurídico **neminem laedere** em conduta causadora de danos injustos à pessoa ou coisa de outrem é a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, na medida em que violenta valores fundamentais do homem e da sociedade, trincando a estrutura da ordem jurídica de um país e comprometendo a paz social. O atentado a direito absoluto do titular constitui uma falta ao dever de respeito à intangibilidade de bem da vítima inocente, lesando o seu interesse e de todos os demais componentes da sociedade. Em conseqüência, deve desencadear-se a obrigação de reparar os danos injustos, no propósito de restabelecer o equilíbrio das relações jurídicas pessoais e sociais, restaurando a paz na sociedade.

A ordem jurídica impõe, nesse caso, dupla sanção, penal e civil, como punição ao lesante e advertência, de cunho pedagógico, para o lesante e os demais membros da sociedade, inibindo, dessa forma, comportamentos danosos e reincidentes. A integração da norma infraconstitucional com o princípio **neminem laedere** deve ser consolidada pelo juiz, no caso concreto, por ser ele o aplicador dos direitos fundamentais inscritos nas modernas constituições, conforme a lição do professor Alberto Nogueira⁵⁰: “Em suma, o juiz moderno (século XIX em diante) cumpriu seu papel de assegurar as liberdades tradicionais, notadamente no campo da cidadania, mas não teve oportunidade para desenvolvê-lo na perspectiva da época por estar comprometido com as normas codificadas, que predominavam na realização da justiça no caso concreto. O juiz moderno atual é o aplicador dos Direitos Fundamentais inscritos nas modernas Constituições... A era do juiz está começando. E com ela, a da Justiça”...

Alicerçado no pensamento de que ao juiz hodierno compete assegurar as liberdades públicas e converter os direitos fundamentais do homem em Justiça contra atos arbitrários de pessoas e de autoridades, adentra-se no estudo da hermenêutica constitucional da responsabilidade civil, transpassando os umbrais do tempo e ingressando na era do terceiro milênio.

⁵⁰ NOGUEIRA, Alberto. **O Devido processo legal tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 154/155 e 164.

5.7. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A hermenêutica jurídica é uma forma de pensar em conformidade com a dogmática do direito, que compreende um corpo de conhecimentos que constituem o saber jurídico ensinado pela doutrina. Tal como o médico utiliza um instrumento para fazer uma cirurgia no corpo humano doentio, o julgador aproveita o instrumental da dogmática para a realização do direito, possibilitando a neutralização e solução de conflitos privados ou sociais, numa dimensão harmoniosa de interpretação e integração do direito, como instrumento de realização da Justiça.

Na doutrina de Alejandro Bugalho Alvarez, procede-se à análise e compreensão da norma jurídica como expressão axiológica do conteúdo do direito, resultante de uma correlação de fatores sociais formalizados pelo Estado⁵¹.

No processo de identificação e interpretação da norma, não se pode deixar de integrá-la com o princípio que lhe deu vida jurídica. A Constituição é o fundamento básico de um Estado que confere validade a todas as leis infraconstitucionais, consubstanciando uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia.

Na visão do jurista Lassale, os fatores reais do poder que formam a sociedade consistem na força ativa e eficaz que informa todas as leis e as instituições jurídicas vigentes. As forças atuantes na sociedade, na ótica deste jurista, são: rei, nobreza, burguesia, banqueiros, classe operária, etc., que instituem e reconhecem a Constituição real como o produto resultante da tensão no jogo de forças travado entre as classes sociais.

Na ótica de Ferdinand Lassale⁵², a essência da Constituição forma-se pelos fatores reais de poder, vigentes em determinada sociedade e no

⁵¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Reflexões para um estudo da norma no direito civil. A norma jurídica.** Coord. Sérgio Ferraz. Rio: Freitas Bastos. 1980, p. 113. *"Isto nos leva a analisar e compreender a norma jurídica não como uma realidade substancial em si mesma, mas como expressão de uma correlação de fatores sociais formalizados ou sancionados pelo Estado, de acordo com o modelo, aberto ou fechado, constitucionalmente escolhido, porém acionados pela ação política, avaliada esta em razão do poder real ou potencial, o que garante o caráter prudencial da norma em relação à realidade social normada...Entre esses fatores merece destacar-se o fator ideológico. Por outro lado, se prestarmos atenção a que o conteúdo do direito é eminentemente axiológico, fica evidenciada a relevância da ideologia como fator determinante da evolução do próprio direito e sua conexão com a sociedade real.3."* Georges Ripier, **Les Forces Créatrices du Droit**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, p. 71-115."

⁵² LASALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p.11/19. *"a essência da Constituição (material) é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, sendo a Constituição escrita nada mais que um pedaço de "folha de papel" onde esses fatores são documentados, impressos, tornando-se verdadeiro direito."*

conflito entre a Constituição Real e a escrita deve a primeira prevalecer, porquanto a segunda se afigura como uma “folha de papel”.

Por outro lado, o jurista Konrad Hesse⁵³ sustenta que a essência da normatividade da Constituição está na pretensão de eficácia e nas condições de sua realização, em caso concreto, como elementos, dialeticamente, inseparáveis. No seu pensamento, na tensão existente entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica, não pode, esta última, ser considerada a parte mais fraca. Em posição eclética, o jurista Paulo Ricardo Schier⁵⁴ entende que, na discussão dessa bipolaridade teórica a respeito da força normativa da Constituição, não devem prevalecer os fatores reais de poder nem a “folha de papel”, porquanto ambas as situações integram a mesma realidade. Utiliza a expressão: “Filtragem Constitucional” na medida em que denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob as perspectivas formal e material, somadas a seus procedimentos e valores, deve passar sempre e necessariamente, pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, no momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. O direito deve reafirmar-se como categoria ética e reafirmar-se, efetivamente, no campo da prática social, na perspectiva da lição de Francisco Amaral⁵⁵.

O processo hermenêutico na solução de conflitos de interesses inicia-se pela aplicação das técnicas tradicionais de interpretação: a) literal ou gramatical; b) lógica; e, sistemática, seguida dos métodos: a) gênese ou histórico; b) axiológico; c) teleológico; e, d) indução amplificadora.

⁵³ HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: SAFe, 1991, p. 20. *"quanto maior a intensidade da vontade normativa (vontade da constituição), menores os limites que a Constituição real pode impor... a Constituição jurídica não significa uma simples "folha de papel" impotente para dominar a distribuição real de poder."*

⁵⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p. 121. *"Nesta perspectiva, de certo modo, perde o sentido, como já se afirmou anteriormente, a bipolaridade teórica no que diz respeito à força normativa da Constituição: não prevalece nem os fatores reais de poder nem a "folha de papel", pois ambos integram a mesma realidade interativa/relacional. A Constituição Jurídica (o texto, folha de papel) aparece apenas como a ponta do iceberg normativo, não constituindo toda a realidade jurídica, que continua reclamando a sua base, sua materialidade e dimensão fática."*

⁵⁵ AMARAL, Francisco. "Sobre o processo histórico da codificação e da descodificação. A descodificação do Direito Civil Brasileiro". **Revista do Tribunal Regional Federal 1º Região**, Brasília, V. 8. Nr. 4, out-dez. 1996, p. 649 - *"O direito reafirma-se como uma categoria ética e como prática social. E o civilista surge como um intelectual crítico, empenhado, não mais na defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e dos seus interesses inalienáveis"*.

5.7.1 Técnicas de interpretação

No quadro hermenêutico aplicam-se as técnicas de interpretação: a) literal ou gramatical; b) lógica; e, c) sistemática, bem, ainda, os métodos da gênese, axiológico, sociológico e teológico, procedendo-se a integração da lei, com os princípios gerais constitucionais de direito.

Não se pode hoje fazer nenhuma interpretação de norma jurídica legal ou contratual, em dispositivo isolado. Em primeiro passo, o exegeta utiliza a interpretação literal ou gramatical, que é um instrumento assentado na análise léxica de dispositivo legal para conhecimento da proposição jurídica ou descrição normativa, em cujo interior se encontra a norma prescritiva de conduta - preceito e garantia efetiva do cumprimento, que é a sanção. O hermeneuta busca na interpretação literal a **voluntas legis, voluntas legislatoris, ratio legis ou l' esprit de loi**, ou seja, o sentido da norma. Serve, quase sempre, para demonstrar o problema ou a dificuldade interpretativa. A interpretação lógica é um instrumento técnico a serviço da identificação de inconsistências com o todo do mesmo diploma legal. As interpretações das normas dos artigos 186 e 187 do Código Civil/02 devem ocorrer no cotejo com todas as normas que tratam do tema em estudo e leis especiais, como as excludentes da responsabilidade civil do artigo 188, combinado com os dispositivos dos artigos 929 e 930, observando-se, ainda, as normas dos artigos 932 a 938, 942, 944, parágrafo único e 945 (da quantificação) na novel constituição do direito privado (Código Civil/02), as do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e do transporte ferroviário (Lei nº 2.681/1912), dentre outras, nos casos pertinentes. Outro passo fundamental no procedimento exegético a considerar é a interpretação sistemática. A Constituição é um todo, coerente e harmônico consubstanciado no princípio da unidade do ordenamento. Por isso, suas normas estão em estrita conexão. Nenhuma norma pode ser interpretada, isoladamente, nem de forma a quebrar a harmonia do sistema. Trata-se de um instrumento técnico que exige do hermeneuta um cuidado na verificação de um preceito, que, nunca pode ser isolado, impondo-se, sempre, um cotejo com os princípios gerais, fontes da legislação infraconstitucional, para que se preserve a coerência integral e harmônica de todo o sistema jurídico construído e sediado na CRFB/1988.

5.7.2 Métodos de interpretação

Não se pode, ainda, deixar de aplicar os métodos de interpretação: gênese ou histórico, sociológico, axiológico e teleológico. O método da gênese ou histórico detecta o sentido da norma no momento histórico de sua elaboração, motivos, razões, discussões, ponderações e conclusões. A interpretação histórica permite ao intérprete buscar as raízes da norma jurídica, analisando as circunstâncias que levaram o legislador a editá-la.

Efetiva-se com o estudo dos trabalhos e discussões que precederam a aprovação da lei. Método sociológico - Analisa as condicionantes sociais no momento da aplicabilidade da norma, segundo as exigências sociais. Método axiológico - Busca os valores sociais e morais do bem a tutelar pela ordem jurídica, fundantes do Direito, no momento de elaboração, interpretação e aplicação da lei (ex. Dano morte, art. 5º, *caput*, X da CRFB/88). Teleológico - Busca o fundamento racional da norma (*ratio legis*), sua finalidade, valor ou bem jurídico visado pela norma imanente do direito pelo ideal de Justiça. Os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum. Exemplos: Artigo 5º da LICC e artigos 188, II e 929 do Código Civil, no dano injusto causado a bem de pessoa inocente, devendo implicar a obrigação de reparar.

5.7.3 Modos de integração normativa

A questão da integração normativa consiste na possibilidade de se pesquisar além da *ratio legis*, para decidir situações não previstas ou julgadas insatisfatórias no ordenamento jurídico, por meio dos modos de integração da lei: analogias legal e jurídica, e indução amplificadora. Diz respeito a instrumentos técnicos de integração do direito ou colmatação da lacuna da lei, com dupla finalidade: constatação da lacuna e o seu preenchimento. A inspiração analógica pode suprir o claro da legislação brasileira. A analogia desdobra-se em legal e jurídica. Analogia legal permite a aplicação de um preceito de lei a casos semelhantes (v.g. Lei nº 2.681/12 – Lei das Estradas de Ferro, aplicada em transporte rodoviário). A inspiração analógica pode ser buscada em norma esparsa, até mesmo, luzes, no direito comparado, como as dos artigos 494 do Código Civil de Portugal e 1.069 do Código Civil da Argentina, para compreensão da exata dimensão da norma do art. 944, parágrafo único do Código Civil de 2002, no momento da quantificação da indenização dos danos e prejuízos materiais e morais. Igualmente, na hipótese de quantificação de reparação de dano morte.

A analogia jurídica consiste na aplicação de princípios comuns a casos semelhantes não, expressamente, previstos em dispositivo legal (ex. dissolução de sociedade de fato com partilha de bens adquiridos com esforço comum, Súmula 380 do STJ e união estável, de fato (homem casado e separado da esposa, adquirindo bens, por esforço comum, no período de convivência com mulher solteira, por período considerável). Há, ainda, a indução amplificadora que é um instrumento de integração do direito pelo qual o exegeta extrai a norma de um princípio geral para aplicação em caso concreto, não previsto pela lei ou pelas partes. É uma espécie de equidade por intuição. Exemplos: a) indenização de ato

ilícito por morte, danos materiais causados aos dependentes, fixação do ressarcimento equivalente à necessidade alimentar dos dependentes, com base nos rendimentos auferidos pelo falecido (2/3), à época do fato ilícito; b) arbitramento da reparação por danos morais, considerando a gravidade da falta (culpa), condições sócio-econômico-financeiras do lesante e do lesado (arts. 944, parágrafo único e 945 Código Civil/02); c) estatutos de 4 sociedades prevêm a prevalência da decisão da maioria sobre a minoria, princípio que deve ser observado em consórcio formado por elas, sem previsão expressa nesse sentido; a cláusula geral da boa-fé; a proibição da vantagem injusta ou da onerosidade excessiva, lesão, enriquecimento sem causa (arts. 113/442, 478/479, 157, 884 e 885 do Código Civil/02), bem como o neo-formalismo, na perspectiva do princípio de preservação da relação de consumo, afastando-se o excesso injusto (art. 39, V, 51, IV e § 2º, do CPDC).

No campo do abuso do direito (art. 187 CC/02), impende considerar o princípio de vedação ***venire contra actum proprium***, por excesso manifesto do limite imposto pela boa-fé, no propósito de não se validar conduta contraditória ou para fim de neutralização de direito, como v.g., demolição de prédio sem necessárias precauções, causando danos a prédio vizinho; invocação de nulidade de contrato de locação, assinado por apenas um sócio, quando o estatuto exigia assinaturas em conjunto, para fim de não pagar aluguéres; violação qualificada do princípio da confiança, em conduta censurável evidenciando danos ou prejuízos e nexos de causalidade à pessoa, como no exercício de direito de preferência ou de indenização, quando enorme a diferença entre o valor real e o declarado na escritura de compra e venda.

Pontue-se que a finalidade da interpretação civil-constitucional consiste na identificação em texto legislativo do verdadeiro sentido da norma, que se destina no campo da efetividade em converter o direito em Justiça, no caso concreto. Na lição da magistrada e mestra, Flávia de Almeida Viveiros de Castro⁵⁶, *a interpretação constitucional também tem por finalidade a concretização da Lei Fundamental*, assinalando em feliz expressão: *Se a lei é uma forma de atuação da Carta Magna, a sentença representa, por sua vez, a atuação da Constituição e da Lei.*

Não obstante, as técnicas e métodos tradicionais de interpretação, somente, revelam o verdadeiro sentido hodierno do dispositivo legal quando a norma jurídica radicada, nos pressupostos do fato, valor e norma de um caso concreto, em unidade simbiótica da exegese, perpassa pelo proces-

⁵⁶ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. RJ: Lumen Juris, 2000, p. 18

so de purificação em cinco filtragens: a constitucional, legal, doutrinária, jurisprudencial e consciência (razão) do julgador ou intérprete, imantada pelo sentimento de Justiça. Tal procedimento deve ser observado no trato de qualquer trabalho jurídico, v.g., petição inicial, contestação, sentença, acórdão, artigo, dissertação, tese, livro etc.

6. Solução de conflito de regras e de colisão de princípios

O conteúdo do direito constitucional é formado de regras concretas e de princípios jurídicos abertos como: justiça, liberdade, igualdade, imparcialidade, competindo aos magistrados concretizar a vontade da lei fundamental no julgamento dos casos, conforme assinala o jurista J. J. Gomes Canotilho⁵⁷.

No discurso metodológico, o conflito de regras jurídicas que regulam, diferentemente, uma situação jurídica, resolve-se no plano de validade das normas. Na colisão de princípios dirime-se o confronto, na dimensão dos valores, conforme doutrina do jurista, Paulo Bonavides⁵⁸: “O conflito de regras se revolve na dimensão da “validade”, a colisão de princípios, na dimensão do “valor”. No conflito de regras, a solução que se impõe é a declaração de nulidade ou invalidade de uma delas, introduzindo uma cláusula de exceção, quando se aplica, adequadamente, um dos critérios: hierárquico, cronológico ou da especialidade.

A colisão de direitos fundamentais tem lugar quando alguma situação jurídica é vedada por um princípio, mas, permitida por outro, hipótese em que um dos princípios deve prevalecer. Isto não significa que o princípio do qual se abdica na solução, seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. A hermenêutica atribui maior valor a um bem do que a outro na adequação do fato ao modelo tipificado na norma jurídica, no propósito de solucionar a colisão de direitos fundamentais, com substrato em normas de igual estatura e similar nobreza constitucional. É o caso, v.g., da colisão entre as normas que protegem a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e a que assegura a liberdade de expressão e de informação. Nesta hipótese, a própria ordem jurídica estabelece uma reserva legal qualificada, no artigo 220, § 1º, da

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 199. “... A interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o direito não é apenas o “conteúdo” de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juizes.”

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 251.

Carta Magna, privilegiando os direitos fundamentais da pessoa humana, igualmente na hipótese de exigência de pagamento de multa de trânsito para fim de licenciamento de veículo (art. 131, §§ 2º e 3º da Lei nº 9.503/97) em confronto com os preceitos fundamentais, que asseguram o direito de propriedade e o acesso à Justiça (arts. 5º, *caput* e XXXV, LIV, LV, da CRFB/88).

No entanto, quando a colisão verificar-se no plano tenso do conflito de interesses de ordem privada e pública, no direito de imagem, *v.g.*, a prevalência do interesse público pode legitimar a liberdade de expressão, de informação⁵⁹ e de veiculação da imagem, como exercício regular de direito, para atender-se aos interesses públicos atuais, em matéria científica, didática ou cultural. Neste sentido converge a lição do jurista Edilson Pereira de Farias⁶⁰. Na visão pretoriana, a liberdade de informação em confronto com os direitos fundamentais da pessoa humana constitui tema importante e controvertido nos Tribunais⁶¹.

Esse fenômeno ocorre, igualmente, no conflito do princípio da liberdade de ação da pessoa e do princípio proibitivo de lesar a outrem

⁵⁹ O direito à liberdade de informação é assegurado na Carta Magna no art. 220, *caput* e § 1º, c/c 5º, IV, V, X, XIII e XIV, tendo como limite a norma do art. 5º, *caput*, X, que protege a intimidade, vida privada, a honra e imagem da pessoa. Tem restrições no art. 220 § 3º e § 4º. Direito de se informar consta do art. 5º, XXXIII, XXXIV, "b", XIV, LXXII (*habeas data*). Direito de ser informado - quando há o dever de informar - art. 5º, XXXIII e XXXIV, "b" c/c 37, *caput*; 5º, LXXII. Direitos a meios para informar - direito de antena - art. 17 § 3º.

⁶⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 138/147 e 157. "*43 Constituem limites ao direito à própria imagem: notoriedade (as pessoas célebres, em face do interesse que despertam na sociedade, sofrem restrição no seu direito à imagem); acontecimentos de interesse público ou realizados em público (não exige o consentimento do sujeito quando a divulgação de sua imagem estiver ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público); interesse científico, didático ou cultural (justifica-se a publicação da imagem de uma pessoa quando se visa a alcançar fins científicos, didáticos ou culturais); interesse da ordem pública (diz respeito à necessidade de divulgar a imagem da pessoa para atender "interesses da administração da justiça e da segurança pública").*"

⁶¹ RJDTA- Crim. SDP, 17:206. Rio: **Revista de Jurisprudência de Direito do Tribunal de Alçada**. 9 "No cotejo entre direito à honra e o direito de informar, temos que este último prepondera sobre o primeiro. Porém, para que isto ocorra, necessário verificar se a informação é verídica e o informe ofensivo à honra alheia inevitável para a perfeita compreensão da mensagem. RT, 743: 381 (RJ) Dano moral. Indenização. Órgão de imprensa que publicando notícia verdadeira, o faz de forma insidiosa e abusiva, dando-lhe contornos de escândalo. Inadmissibilidade. Verba devida."

(*neminem laedere*). A liberdade externa de ação da pessoa⁶² está limitada pela liberdade de ação de outro indivíduo, na forma regulamentada em lei.

A liberdade externa é de ordem jurídica constitucional, conforme lição da Dra. Zoraide Amaral de Souza⁶³: “Aí temos a liberdade externa, que extrapola o campo da ação humana e passa a interessar ao mundo jurídico, isto é, deixa de pertencer ao mundo dos fatos, para pertencer ao mundo jurídico. Neste ponto, o ordenamento jurídico limita a liberdade humana, ou a liberdade interna, pois a ação praticada pelo homem pode atingir o direito de outrem...”. Nesta hipótese, vislumbra-se que a natureza da liberdade externa é de ordem constitucional, a de um direito individual fundamental, constitucionalmente, assegurado, pertencente ao mundo jurídico, e não, simplesmente, ao mundo da natureza.” A CRFB/88 privilegia o princípio da liberdade, mas impõe o dever jurídico fundamental de respeito à vida e incolumidade corporal e patrimonial de outrem, como padrão de conduta, proibindo as ações danosas e injustas a bens de pessoas inocentes, por ato próprio do lesante, de dependentes, de coisas ou de animais, sob sua posse ou guarda intelectual e jurídica.

Os princípios que compõem o sistema jurídico democrático brasileiro, como o da liberdade, igualdade, responsabilidade, de respeito à incolumidade física, moral e patrimonial de outrem, devem integrar a interpretação e a aplicação da lei, no processo da dialética da norma e valores sociais do caso, em relação direta com a realidade.

O princípio da liberdade de ação do homem deve ceder ante o princípio impositivo do dever jurídico - *neminem laedere* - densificado em normas que asseguram a integridade da vida e de bem patrimonial ou extrapatrimonial (física e moral) da pessoa⁶⁴. Neste confronto, o resguardo da integridade dos bens da vida é de maior valia para a ordem jurídica do que a liberdade de ação, que deve ser empreendida com responsabilidade e no limite legal.

Não se nulifica com esta interpretação o princípio da liberdade, que se limita na linha divisória do campo da liberdade de outro indivíduo, impondo uma conduta responsável e proporcional na necessária medida de respeito a direito de pessoa inocente. Remanesce, no entanto, prestigiado

⁶² A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não é prejudicial a outrem. A liberdade desdobra-se em interna e externa. Liberdade interior é o livre arbítrio. A liberdade externa consiste na possibilidade de o indivíduo realizar a vontade interior, nos limites da lei, no sentido estabelecido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 4º “A liberdade de cada um só tem limite na dos demais e só a lei determina esses limites.”

⁶³ SOUZA, Zoraide Amaral de. **Associação sindical no sistema das liberdades públicas**. RJ: Lumen Juris, 1996, p. 36/37.

⁶⁴ **Constituição Federal de 1988**. Op. cit. Art. 5º, caput, X.

e em pleno vigor, o princípio da liberdade mais ampla em situações especiais, podendo até chegar-se ao extremo de se permitir a ocisão da vida de uma pessoa, se necessária, à proteção da integridade da própria vida do lesante ou de outrem, condicionado à prova dos requisitos da legítima defesa ou do estado de necessidade⁶⁵e nos limites da lei.

Com a finalidade de manter a paz, a ordem jurídica equilibra as forças contrárias de determinados princípios estabelecendo a limitação da liberdade de ação de uma pessoa no confronto com a liberdade de outra, ou na colisão com outro princípio de maior peso axiológico, como é o caso do princípio da inviolabilidade da vida e preservação dos direitos extrapatrimoniais e patrimoniais de outrem.

Cuidando-se de colisão de direitos fundamentais não submetidos à reserva qualificada da lei, a solução compete aos juizes e tribunais, na casuística, buscando-se o ponto de equilíbrio entre os interesses do indivíduo e os da sociedade. Utilizam-se, para tanto, os critérios da concepção individualista, socialista ou transpersonalista, que a Justiça exige, no caso concreto, aplicando-se a ponderação dos valores.

Na visão individualista, a pessoa é considerada como um bem de maior valia. Na ótica socialista, os interesses e valores sociais devem prevalecer sobre o interesse individual. Na concepção transpersonalista, busca-se a solução do conflito através de uma conciliação entre as posturas individualista e socialista, compatibilizando-se as posições, mediante o critério da ponderação de valores envolvidos.

Deve orientar-se o intérprete ou julgador pelos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da máxima proporcionalidade. Na lição de Roberto Alexy⁶⁶, a afetação de um direito somente se justifica pelo grau de importância de satisfação do direito oposto.

Assim, a colisão de princípios jurídicos deve ser solucionada no **plano Axológico (de valores)** inspirado no bom senso e com o sentimento de justiça, segundo os parâmetros da Carta Magna. Por outro lado, o conflito de normas jurídicas defluentes de princípios jurídicos, na dimensão da legislação infraconstitucional, tem solução no **plano da Validade**, aplicando um dos critérios: a) cronológico (*lex posterior derogat priori*); b) hierárquico (*lex superior derogat lex inferior*); e, c) o da especialidade (*lex specialis derogat generali*). É o caso, v.g., da interpretação no conflito de normas derivadas de contrato alicerçado no princípio da autonomia da vontade, na

⁶⁵ **Código Civil**. Op. cit., arts. 160, I, II. **Código Penal**. Maurício Antonio Ribeiro Lopes (Coord.) 4ª ed. SP: RT, 1999. Arts. 24 e 25

⁶⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 161 e 164.

relação entre o fornecedor e consumidor, podendo impor-se o afastamento das cláusulas abusivas do pacto, consubstanciado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (artigo 51 da Lei nº 8.078/90), que é um conjunto de normas constitucionais fora de seu texto formal, na medida em que cumpre o preceito fundamental da Carta Magna de 1988, de proteção e defesa do consumidor (arts. 170, V, e 5º, XXXII da CRFB/88).

A iniquidade das cláusulas consideradas abusivas ou potestativas implica a declaração de nulidade e ineficácia, pela autoridade judiciária, nas relações jurídicas de consumo, das cláusulas excepcionais de abusividade, sem, contudo, comprometer-se o conteúdo do contrato, que deve ser preservado, no padrão compatível com a lei, consubstanciando os princípios jurídicos da boa-fé e de tutela do hipossuficiente⁶⁷.

Em síntese, enquanto o conflito de regras jurídicas soluciona-se no **plano da validade**, declarando-se a nulidade ou ilegitimidade constitucional da norma jurídica, a colisão de direitos fundamentais, expressando princípios em forma de normas jurídicas da Constituição, resolve-se na **dimensão de valor**, considerando o maior grau e qualidade dos princípios em fricção, dando-se prevalência ao de proteção do direito à vida, à integridade corporal, nas esferas física e moral, em confronto com interesses obrigacionais, contratuais ou patrimoniais, observando-se, em razão prática, o valor da norma em sua proporcionalidade máxima, na prestação jurisdicional equilibrada e temperada com o senso de Justiça.

As lacunas constitucionais, em regra, demandam integração e não interpretação, salvo excepcional norma jurídica reguladora de determinada situação considerada relevante na lei fundamental, como a do artigo 5º, X, da CRFB/88. No plano infraconstitucional, a lacuna é uma omissão da lei, impondo-se a colmatação do vazio no procedimento hermenêutico com a integração da norma com o princípio do qual se originou, como exigência de equidade e de Justiça, na expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶⁸. O conteúdo do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, do qual o artigo 126 do CPC é um desdobramento, permite ao juiz, quando

⁶⁷ art. 4º, III e 6º da lei nº 8.078/90; **Constituição Federal de 1988**, arts. 170, V c/c 5º, XXXII.

⁶⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 281. *"uma válvula pela qual entram no ordenamento os fatores extrapositivos, como os ideais de Justiça, as exigências da equidade, os raciocínios quase formais."*

a lei for omissa, decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes⁶⁹ e os princípios⁷⁰ gerais de direito.

Releva notar que a responsabilidade civil configura uma província de direito privado na Constituição, em que o princípio impositivo *neminem laedere* constitui a matriz da norma jurídica proibitiva de conduta danosa injusta a bem de pessoa inocente contendo preceito e sanção. O panorama estrutural das normas jurídicas, desdobrado em princípios e regras jurí-

⁶⁹ Costume é um conceito que exige repetividade da situação fática e jurídica e não se pode confundir com mera prática, que é apenas uma situação de fato.

⁷⁰ Os princípios gerais de direito que devem ser considerados na interpretação constitucional são: a) Princípio da Unidade da Constituição, que deve ser considerada como um todo, em busca de uma interpretação sistemática e harmoniosa; b) Princípio da Máxima efetividade (eficiência) - Deve ser atribuído à norma constitucional o sentido de maior eficácia, notadamente, no âmbito dos direitos fundamentais; da Justeza ou conformidade funcional, que visa a estabelecer competências na Constituição, impedindo a alteração ou repartição de funções; c) Princípio da Concordância prática ou harmonização - Coordena e combina normas em conflito, impedindo o sacrifício total de uma em relação a outras, na medida em que estabelece limites e condicionamentos recíprocos; d) Princípio da Força normativa da Constituição - confere prevalência às soluções hermenêuticas que compreendam a história das estruturas e propicia a atualização normativa assegurando sua permanência e eficácia; e) Princípio da Supremacia da Constituição - A interpretação deve ter como pressuposto a superioridade jurídica da Constituição; f) Princípio da Presunção de Constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público - Deflui do princípio geral de separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade jurisdicional. Somente se devem invalidar atos em casos de flagrante e incontestável ilegalidade; g) Princípio da Interpretação em conformidade com a Constituição - Consiste em um controle de constitucionalidade das normas, em que o exegeta atribui primazia à interpretação em conformidade com a Constituição, afastando as demais interpretações. A norma constitucional tem que ser interpretada em conformidade com o sistema e de acordo com os valores e princípios que informam a Carta Magna. Esse princípio desdobra-se em: princípio da prevalência da Constituição; da conservação da norma e de exclusão da interpretação contra a lei; h) Princípio da inicialidade. A interpretação da norma à luz da Carta Magna em sua visão sistemática constitui um passo prioritário e indeclinável do exegeta no processo hermenêutico. A norma constitucional tem que ser interpretada em conformidade com o sistema e de acordo com os valores e princípios que informam a Carta Magna; h) Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade - consiste na aferição da norma dentro (razoabilidade interna) e fora do corpo da lei (razoabilidade externa), conferindo-lhe um balanço de freios e contrapesos, adequando os meios e fins estabelecidos na Constituição, na medida em que permite o encontro do justo meio, na realização da Justiça, em grau elevado; i) Princípio da irretroatividade das leis quanto ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada é assegurado na Carta Magna como direito fundamental (art. 5º, XXXVI) e cláusula pétreia (art. 60, § 4º, IV). Não há direito adquirido contra a Constituição Federal. Pode haver direito adquirido contra emenda constitucional, porquanto ela em si é lei no lato sentido. A irretroatividade da lei é regra de interpretação, porquanto a retroatividade, como exceção, deve ser expressa pelo legislador. Não se pode confundir aplicação imediata da lei com retroatividade (v.g., redução de vencimentos, art. 17, ADCT).

dicas, demonstra a necessidade da integração do conteúdo dos princípios e dos valores dos direitos fundamentais na hermenêutica constitucional da responsabilidade civil, em procedimento de reconstrução do sistema, na observação de Maria Celina Bodin de Moraes⁷¹. Qualquer que seja o procedimento hermenêutico utilizado, deve o intérprete ou julgador colmatar o vazio legislativo, quando existente, integrando a norma jurídica do direito privado com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, ***neminem laedere***, proporcionalidade, equidade e Justiça, observando a triangularidade: Justiça, Direito e Lei.

A Justiça é uma virtude transcendental que deve nortear a feitura da lei, sua interpretação e concretização da paz social, que é o fim colimado pela ordem jurídica. O direito, sempre vivo na consciência do povo, é o meio de realização da Justiça. A lei é o espírito da comunidade e principal instrumento a ser utilizado na hermenêutica jurídica. Na exegese não se pode olvidar que o verdadeiro vetor da Justiça é o Direito e deste, o principal vetor é a Lei. Deve o julgador procurar descobrir o real significado da vontade da lei atentando para o seu resultado justo.

Na esteira do entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes⁷², constitui metodologia obrigatória proceder-se à “releitura do Código Civil e das leis especiais, isto é, da normativa do Direito Civil – à luz da Constituição.” O raciocínio jurídico do exegeta deve alicerçar-se na norma constitucional e na lei, nos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência e, ainda, na consciência do julgador⁷³, influenciado pelo sentimento de Justiça.

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Constituição e direito civil: tendências. Direito, Estado e Sociedade**. PUC. V. 15, ago/dez.1999, p. 107. *"Para a adequada e coerente reconstrução do sistema impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas."* A seguir, em sede de responsabilidade civil, assinala (p.108): *"enquanto o Código tem por cláusula geral a responsabilização decorrente da culpa, significando dizer que alguém somente pode ser responsável civilmente se agiu de acordo com sua vontade, a Constituição e diversas leis especiais consagram o sistema da responsabilidade objetiva, estabelecendo o dever de indenizar independentemente de qualquer comportamento do causador do dano, valorizando a pessoa da vítima, a qual jamais deve permanecer irressarcida."*

⁷² MORAES, Maria Celina Bodin. **O direito civil constitucional. Uma década de Constituição**. Org. Camargo, Margarida Maria Lacombe. Rio: Renovar, 1999. p. 124.

⁷³ DOUGLAS, William. Op. cit., p. 471/482. Na visão deste escritor, o raciocínio jurídico deve ser norteadado, em visão metafórica, por 5 mulheres: a lei, a doutrina, a jurisprudência, a Justiça e a mãe do intérprete, esta, no sentido de Consciência ou Razão, na filosofia de Immanuel Kant (Crítica da razão Pura).

Na exegese, não se pode olvidar que a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, porquanto o rigor excessivo na interpretação literal pode conduzir à prática de injustiça, na lição do Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo⁷⁴.

Não se pode, entretanto, confundir o poder de identificação ou descoberta com criação ou invenção de norma. A integração da lei no processo hermenêutico tem limites na lacuna da lei ou da norma, sob pena de se transformar a interpretação, em ato arbitrário, o que é rechaçado pelo direito⁷⁵.

7. DA SANÇÃO

No campo da sanção de ilícito civil-constitucional, impende considerar as circunstâncias do fato, a gravidade da lesão e, notadamente, a intensidade da falta jurídica. Sim, porquanto na prática de ilícito civil-constitucional não se pode igualar no campo da censura jurídica as condutas de intensidades nocivas diferentes. Com efeito, na falta intencional (dolo direto e indireto), a vontade é dirigida ao resultado, e, por isso, de natureza grave. Na falta não intencional (culpa, por negligência, imprudência ou imperícia), a vontade do agente é direcionada à ação e não ao resultado, afigurando-se, portanto, de intensidade média. No defeito da prestação de serviço, a vontade do fornecedor de produto ou do serviço é dirigida à prática do bem,

⁷⁴ **Revista do Superior Tribunal de Justiça**. nº 4, p. 154. Rel. Min. FIGUEIREDO, Sálvio de. ... " *A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar à injustiça.*" Nesse mesmo diapasão, manifestou-se ainda este eminente Ministro e jurista (RSTJ, 26/384) "*A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil...Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando "contra legem", pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.*"

⁷⁵ O processo integrativo deve conter-se nas fronteiras assinaladas a seguir. 1) O meio integrador não surte efeitos generalizantes. As Súmulas e jurisprudências dos Tribunais funcionam como normas orientadoras de julgados nas instâncias inferiores, sem obrigatoriedade de acatamento pelo julgador, se entender de forma diferente. 2) As normas penais que estabelecem tipos delituosos, penas e seus efeitos, excluem a possibilidade de analogia legal ou jurídica. A analogia em matéria penal somente pode ocorrer para beneficiar o réu, como nas causas de justificação, excludentes de antijuridicidade e causas excusas. Exemplo: inexigibilidade de conduta diversa, do Direito Alemão. 3) O artigo 6º da LICC prescrevia: "a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica". Esse princípio continua como regra de controle da integração do Direito. 4) Os princípios de exclusão da analogia não são absolutamente rígidos, sofrendo abrandamento nas situações em que se verifica similitude de casos, cujo tratamento não deve ser diferenciado. 5) O controle da integração por meios institucionais é mais difuso. 6) Proíbe-se, em tese, o costume contra a lei.

como na cirurgia benéfica, v.g., ou em caso de culpa leve ou levíssima, configuram falta de intensidade mínima, no campo da responsabilidade civil subjetiva (Aquiliana ou extracontratual - art. 186 do Código Civil/02).

8. QUANTIFICAÇÃO MINORADA

Por isso, cuidando-se de defeito na prestação de serviço, sem culpa provada do lesante, respondendo o fornecedor por fato de outrem, ou em caso de culpa média ou mínima do infrator ou responsável legal, na teoria subjetiva, a quantificação da indenização pressupõe a consideração da gravidade da lesão, da intensidade da falta e as circunstâncias do fato, na ótica dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, equidade e Justiça (a exemplo dos arts. 494 do Código Civil Português e 1.069 do Código Civil Argentino), estabelecendo-se valor da reparação menor do que se arbitraría na sanção por ato ilícito próprio intencional (dolo direto ou indireto) ou não intencional (negligência, imprudência ou imperícia), ou em caso de culpa concorrente da vítima, obedecendo em todas essas situações a proporcionalidade adequada, como autorizam os artigos 944, parágrafo único e 945 do Código Civil de 2002.

CONCLUSÃO

O presente estudo *revela o fenômeno hermenêutico da constitucionalização da responsabilidade civil proveniente de danos, com matriz sediada no artigo 5º, caput, X e XXII, da Carta Magna de 1988, a ser aplicado, nas funções repressiva e preventiva (arts. 186, 187, 927, 12, 20 e 21, dentre outros do Novo Código Civil), quando houver lesão ou ameaça de grave dano ou de difícil reparação, implementando-se a tutela indenizatória, inibitória ou de urgência (arts. 461 e parágrafos, 249 e 251 e parágrafos únicos, e 84, § 3º, do CPDC (Lei nº 8.078/90), bem como, para a supressão de ilícitos em incômodos de vizinhança, meio ambiente, política urbana, de defesa do patrimônio artístico, cultural e histórico, em regramento de concorrência, na perspectiva da **regra de ouro da responsabilidade civil – mais vale prevenir do que remediar**. Como corolário, a norma originária do princípio impositivo do dever jurídico **neminem laedere** (não lesar a ninguém) deve integrar o conteúdo de todas as normas infraconstitucionais derivadas ou recepcionadas pela Constituição, no direito público e no privado, em sede de responsabilidade civil ou direito provenientes de danos injustos, na tutela de bem de pessoa inocente, considerando como tal, a vítima que não deu causa ao fato, no prisma da teoria da Falta contra a Legalidade Constitucional*⁷⁶. no propósito de efetiva conversão do direito em Justiça. □

76 A Falta Contra a Legalidade Constitucional. ABREU, Roberto. Rio de Janeiro. 2002.