



## **DIREITOS DA PERSONALIDADE E DANOS MORAIS: UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO CONCEITO DE FETICHISMO DA MERCADORIA**

*Personality Rights and Moral Damages: A Critical Essay Based on the Concept of Commodity Fetishism*

### **Walter Lucas Ikeda**

Unicesumar

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6079-7109>

E-mail: [walterlucasikeda@gmail.com](mailto:walterlucasikeda@gmail.com)

### **Rodrigo Valente Giublin Teixeira**

Unicesumar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6562-6731>

E-mail: [rodrigo@rodrigovalente.com.br](mailto:rodrigo@rodrigovalente.com.br)

Trabalho enviado em 2 de agosto de 2023 e aceito em 5 de dezembro de 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 17, N.04, 2024, p. 138-163

Walter Lucas Ikeda e Rodrigo Valente Giublin Teixeira

DOI: [10.12957/rqi.2024.78295](https://doi.org/10.12957/rqi.2024.78295)

## RESUMO

A violação dos direitos da personalidade, enquanto bens extrapatrimoniais, acarreta compensação por danos morais. Tal constatação é enraizada na prática forense, consideradas superadas as discussões de outrora sobre a incorporação ou não do instituto dos danos morais no Brasil, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Todavia, a presente pesquisa retoma a discussão da relação entre dinheiro e danos morais, a partir do seguinte problema de pesquisa: em que medida o aspecto funcional dos danos morais pode ser criticado a partir do conceito de fetiche da mercadoria? A hipótese inicial é de que, pela banalização da reparação pecuniária, contribui-se com a criação de uma indústria do dano moral. O objetivo geral de pesquisa é desenvolver uma crítica da aplicação prática dos danos morais a partir do conceito de fetiche da mercadoria. Os objetivos específicos, que correspondem à estrutura do texto em duas seções, são: a) analisar o instituto dos danos morais e sua relação com os direitos da personalidade; e b) desenvolver uma crítica acerca da aplicação dos danos morais a partir do conceito de fetiche da mercadoria. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, mediante emprego de técnica essencialmente bibliográfica e documental. Ao final da pesquisa, verifica-se que a (re)discussão da relação entre dinheiro e direito ainda está longe de ser encerrada.

**Palavras-Chaves:** Direitos da Personalidade; Danos Morais; Fetiche da Mercadoria; Dinheiro; Mammon.

## ABSTRACT

Violation of personality rights, as off-balance sheet assets, entails compensation for moral damages. This finding is rooted in forensic practice, considering that past discussions about the incorporation or not of the institute of moral damages in Brazil have been overcome, especially since the enactment of the Federal Constitution of 1988. However, this research resumes the discussion of the relationship between money and moral damages, based on the following research problem: to what extent can the functional aspect of moral damages be criticized based on the concept of merchandise fetish? The initial hypothesis is that, by making pecuniary reparation trivial, it contributes to the creation of an industry of moral damages. The general research objective is to develop a critique of the practical application of moral damages from the concept of merchandise fetish. The specific objectives, which correspond to the structure of the text in two sections, are: a) to analyze the institute of moral damages and its relationship with personality rights; and b) develop a critique of the application of moral damages based on the concept of commodity fetish. The methodology used is hypothetical-deductive, using an essentially bibliographical and documental technique. At the end of the research, it appears that the (re)discussion of the relationship between money and law is still far from over.

**Keywords:** Personality Rights; Moral damages; Commodity Fetish; Money; Mammon.



## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

**Caso 1:** o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao avaliar o pedido de indenização por danos morais decorrente da utilização indevida da imagem de Maitê Proença pelo jornal carioca Tribuna da Imprensa (BRASIL, 2000, p. 22-23), questiona a possibilidade de danos morais pela divulgação de imagem de mulher bonita: “Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não”. Tal percepção indica a dificuldade de percepção do que são os direitos da personalidade e do dano moral<sup>1</sup>.

**Caso 2:** o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entende pela não condenação de danos morais de criadora de página do Orkut que veiculava imagens de pessoa com deficiência, com a finalidade de expor experiências relacionadas ao comportamento social peculiar do rapaz com deficiência mental. O nome da comunidade era “Eu já corri do Geraldin”, que era aberta a todos os usuários, tendo a seguinte descrição “Comunidade feita pra todos aqueles que conhecem, ouviram falar ou até mesmo correu dele!!!”. A decisão do Tribunal foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) posteriormente (BRASIL, 2018), com a condenação de R\$ 3 mil reais de danos morais em favor da família do rapaz.

**Caso 3:** O Supremo Tribunal Federal (STF) negou seguimento de recurso de juiz de direito que pediu indenização e a condenação do porteiro de seu prédio para que lhe chame de “doutor” ou “senhor” (BRASIL, 2014).

Os três casos apresentados exibem certa distância de gravidade e extensão de violação de direitos da personalidade entre eles. Há, no entanto, um elemento em comum que os vincula: o

---

<sup>1</sup> A seguir, colaciona-se trecho da fundamentação do Acórdão, que foi reformado pelo STJ posteriormente (BRASIL, 2000, p. 22-23): “O Tribunal a quo, Relator o eminente Desembargador Wilson Marques, reformou a sentença, nesse particular, aos seguintes fundamentos: ‘O dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta, para quem o sofre, muita dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame, humilhação, sofrimento. Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconstentido da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exultação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconstentido da sua imagem. Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda - ou quase - em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar - aí sim - seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado. Não se trata de discriminação contra as mulheres belas, nem, muito menos, de fazer a apologia da feiúra. Pelo contrário, beleza é fundamental, como costumava dizer o nosso poetinha, que, partindo, tão cedo, para o andar de cima, tanta falta está nos fazendo cá em baixo. O que se pretende - e só o que se pretende - é demonstrar que não se concede indenização (rectius, *compensação*) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou, para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza” (fl. 368/369).

dinheiro. Poderiam ser colocados diversos outros casos de dano à integridade física, psíquica, honra, nome ou imagem, porém, ainda assim, estes trariam o mesmo denominador comum.

A compensação monetária pela violação dos direitos da personalidade constitui via construída judicialmente e de aplicação difusa. Trata-se de caminho que passou por diversos debates, com decisões em diversos sentidos ao longo do tempo, até que a Constituição Federal de 1988 positivou o instituto expressamente. Todavia, a presente pesquisa, longe de pretender retomar a discussão da possibilidade de compensação pecuniária pela violação de bens extrapatrimoniais, visa desenvolver ensaio crítico de sua dimensão funcional na sociedade, especialmente a partir do conceito de fetiche da mercadoria.

Dessa forma, o problema de pesquisa que orienta este estudo é: em que medida o aspecto funcional dos danos morais pode ser criticado a partir do conceito de fetiche da mercadoria? A hipótese inicial é de que, pela banalização da reparação pecuniária, contribui-se com a criação de uma indústria do dano moral.

O objetivo geral da pesquisa é desenvolver uma crítica da aplicação prática dos danos morais a partir do conceito de fetiche da mercadoria. Para alcançar o objetivo geral, vale-se de dois objetivos específicos, que correspondem às seções de desenvolvimento do trabalho: a) analisar o instituto dos danos morais e sua relação com os direitos da personalidade, cuja seção é intitulada: “os danos morais como solução (in)adequada à lesão dos direitos da personalidade”; e b) desenvolver crítica da aplicação dos danos morais a partir do conceito de fetiche da mercadoria, com a derradeira seção intitulada “a relação entre pessoas e coisas: o dinheiro, o valor e o fetichismo da mercadoria - indústria do dano moral”.

A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, mediante emprego de técnica essencialmente bibliográfica e documental. A primeira seção de desenvolvimento utiliza-se do aspecto estrutural do positivismo jurídico, especialmente a partir de Hans Kelsen. A segunda seção de desenvolvimento tem como ponto de partida o conceito de fetichismo de mercadoria de Karl Marx, com perspectiva interdisciplinar, como possibilidade de desenvolvimento crítico da dogmática dos danos morais.

## **2. OS DANOS MORAIS COMO SOLUÇÃO (IN)ADEQUADA À LESÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

A percepção de que os danos morais resultam da violação dos direitos da personalidade indica a sua estrutura a partir do positivismo jurídico. O maior expoente do direito positivo normativo moderno é Hans Kelsen (1988) que vincula a efetivação do direito com sua sanção, seja direta ou



indireta. Dessa forma, pode-se partir do seguinte ponto: a forma de efetivação dos direitos da personalidade, contemporaneamente, se dá pela compensação dos danos morais.

O direito positivo contemporâneo pode ser expressado na seguinte fórmula: se A, deve ser B, sob pena de C (KELSEN, 1988). Logo, se um acontecimento A ocorrer, este deve ser como B, sob pena da coação estabelecida em C. Dessa maneira, se alguém utiliza a imagem de uma pessoa, esta deve ser autorizada e/ou não ter fins comerciais, sob pena de se caracterizar danos morais.

O que diferencia o direito de outros sistemas sociais como a moral e a natureza? O sistema da natureza é regido pela causalidade, ou seja, se A acontece, B é consequência. O sistema da moral elenca situações de aprovação ou desaprovação de determinadas condutas. O sistema jurídico se diferencia da ordem natural e da ordem moral por se afastar do princípio natural da causalidade e pela desaprovação moral, de forma que se molda como um sistema autônomo.

Hans Kelsen (1988), ao diferenciar as normas morais das normas sociais, estabelece que, apesar de ambas comporem ordens sociais, na medida em que estabelecem ou regulam condutas dos humanos, elas não se confundem. A justiça seria uma exigência da moral, logo, a relação entre direito e moral é a da justiça e o direito. Não é correto afirmar que a moral tem coerção é interna e o direito tem coerção externa, pois ambas tratam da conduta externa e tencionam as inclinações egoísticas internas. Nesse sentido, a distinção entre direito e moral reside no *como* elas prescrevem ou proíbem uma conduta, na medida em que o direito utiliza a coação e a moral para a aprovação ou desaprovação de uma conduta.

Portanto, o direito se distingue de outras ordens sociais pelo modo como estabelece suas condutas e prescrições. Sendo assim, o direito é uma ordem social coativa. A ordem jurídica imputa sanções restritivas de liberdades ou de bens econômicos à determinada conduta não desejada, ou ainda prêmios para condutas desejadas. O direito opera com a sanção de dever-ser, logo, diferentemente das ciências da natureza que se valem da causalidade, uma situação prevista no direito não desencadeia uma reação inexorável e natural, mas um dever ser. Também, o direito e a moral não se diferenciam pelo seu objeto, mas pelo modo como reagem ou estimulam determinada conduta. O direito, assim como a moral, são representações de normas que regulam a sociedade por meio da imputação de uma sanção ou prêmio por determinadas condutas (KELSEN, 1998, p. 58).

Há uma passagem de uma concepção tradicional de coerção, no sentido de elemento necessário para o cumprimento da norma, para a concepção moderna de que a coerção não só é capaz de efetivar o direito, como faz parte da própria estrutura legal. Apesar de encontrarmos em Jhering (2009a), com *A Luta pelo Direito*, de 1872, o primeiro a fazer a transição, estabelecendo que as normas jurídicas propriamente ditas são as normas secundárias – a sanção –, sendo as normas primárias meros pressupostos de aplicação da coerção. É nesse sentido que o jurista pondera que,

sempre aqui se trata do mesmo assunto, do mesmo meio: do direito da liberdade, como todos nós dizemos; a liberdade consegue-se e, em linguagem corrente, se diz que o direito se realizou; mas no conceito do direito, que damos por perfeito e a cuja virtude se opõe a objeção que combato, temos que distinguir: — o direito da primeira relação não está realizado; o senhor que a lei obriga a alforriar, como não o fez voluntariamente, não deixa de ser injusto, não cumpre o direito; mas o Estado, que no momento em que tivesse consciência da injustiça e que pudesse desfazê-la, estaria obrigado, com relação ao escravo, a procurar-lhe a liberdade pelo meio coercitiva, nessa outra relação de direito teria cabalmente cumprido a sua realização. A este respeito, ainda no sentido mais restrito, pode-se afirmar que o direito se realizou (JHERING, 2009b, p. 11).

Jhering, em *A Evolução do Direito*, de 1877, assim dispõe: “sem coacção não haveria direito, não haveria Estado” (JHERING, 2009a, p. 69). Já em Kelsen (1998), na *Teoria Pura do Direito*, de 1939, tal concepção se encontra presente e enraizada na formulação da estrutura da norma jurídica, que também ostenta influência na psique dos indivíduos, na medida em que

uma ordem social que buscar efetuar nos indivíduos a conduta desejada através da decretação de tais medidas de coerção é chamada de ordem coercitiva. [...] Isso se segue do fato de que a técnica de recompensa, como técnica de motivação indireta, tem o seu lugar entre a técnica de motivação indireta através de punição – como técnica de coerção – e a técnica de motivação direta, a técnica da obediência voluntária. A obediência voluntária é em si mesma uma forma de motivação, ou seja, de coerção, e, por conseguinte, não é liberdade, mas coerção no sentido psicológico. Se as ordens coercitivas são contrastadas com as que não possuem caráter coercitivo, que repousam na obediência voluntária, isso é possível apenas no sentido de que uma estabelece medidas de coerção, ao passo que a outra não o faz. E essas sanções são medidas coercitivas apenas no sentido de que certas posses são tiradas dos indivíduos em questão contra sua vontade, se necessário pelo emprego de força física.

Nesse sentido, o Direito é uma ordem coercitiva (KELSEN, 1990, p. 27).

Ademais, pode-se colocar as seguintes características quanto à relação entre o direito positivo e a sanção: a) o direito determina que o Estado e seus órgão tenham o monopólio da força; b) o direito determina o momento do uso da força; c) o direito estabelece como a violência será exercida; e d) o direito regula a quantidade de força utilizada (BOBBIO, 1995, p. 156).

A teoria kelseniana teve inspiração na liberdade e no modo de conhecer kantiano. A universalidade kantiana de dignidade humana fundada na racionalidade foi fundamental para que todo ser humano fosse pessoa, digno de direitos e deveres, e com valor acima de qualquer preço (KANT, 2007, p. 77), elemento que após as Guerras Mundiais se tornou fundamento dos ordenamentos jurídicos contemporâneos (SARLET, 2015).

Dessa forma, os direitos da personalidade, sob a perspectiva kelseniana, seriam a defesa jurídica, por meio de sanção, dos atributos e interesses do ser humano capaz de portar direito e deveres. Neste ponto, também se revela importante o papel da ciência jurídica de descrever o direito

por meio de proposições normativas (KELSEN, 1998, p. 52), ou seja, cabe à ciência jurídica o aprofundamento semântico das normas estabelecidas.

Para Roxana Borges (2007, p. 11-16) o fundamento dos direitos da personalidade está na dignidade da pessoa humana. E, como a dignidade é apenas da pessoa humana, as demais entidades abstratas não deveriam ostentar direitos da personalidade, apenas a extensão da técnica de tutela. Acrescenta a autora que a atribuição de direitos de personalidade à pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro tem início jurisprudencial, como condição de reparar os danos materiais sofridos, e que pela sua difícil liquidação, foram chamados de danos morais. Portanto, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade não dependeriam de qualquer Estado ou ordem jurídica, bastando a qualidade de ser humano e apenas ao ser humano (BORGES, 2007, p. 11-16).

De toda forma, os direitos da personalidade visam à tutela integral da pessoa humana singular. Há a dimensão da personalidade psíquica, fundada na antropologia da subjetividade, que a identifica pelo seu modo de agir externo ou interno. Também pode-se falar em personalidade ôntica, baseada na ontologia de alguém ser deste ou daquele modo, que inclui as relações sociais. Ambas as dimensões integram os atributos de personalidade da pessoa que são protegidos juridicamente (GONÇALVES, 2008, p. 64-68).

Quanto à proteção dos direitos da personalidade, pontua-se que não se restringem aos atos judiciais, pois há o pressuposto de que todo indivíduo tem o direito de se proteger frente às ameaças dirigidas à personalidade, por meio de diversos instrumentos, desde que estes atos de defesa não ultrapassem os limites indispensáveis à autotutela da personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 247). O Código Civil brasileiro, no art. 188, indica três possibilidades não exaustivas de defesa, que são a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estado de necessidade (BRASIL, 2002).

Conforme o art. 12 do Código Civil (BRASIL, 2002), os direitos da personalidade possuem três linhas de tutela cumuláveis, com ressalva da expressão que abre margem para a interpretação analógica “sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”<sup>2</sup>. A primeira seria a tutela inibitória, com caráter preventivo, cujo desiderato é afastar as ameaças de lesão de sua concretização, a qual se justifica pela própria reparação dos danos extrapatrimoniais, com a utilização de ordens comissivas ou omissivas que afastem a ameaça aos direitos da personalidade. A segunda tutela seria de atenuação dos danos, com ênfase a mitigar a lesão ou evitar que esta se alastre, frisando-se a possibilidade de reparação pela sua recomposição natural quando possível, ainda que parcialmente.

---

<sup>2</sup> “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (BRASIL, 2002).

Apenas a título exemplificativo de tutelas dos direitos da personalidade fora do rol do livro dos direitos da personalidade, indica-se o direito de vizinhança no art. 1.277, 1.280 e 1.281 do Código Civil; 1.311 do Código Civil; 934 a 940 do Código de Processo Civil; as disposições protetivas da Lei Maria da Penha; entre outros.

A derradeira via é a tutela repressiva, que impõe indenização pelos danos causados aos direitos da personalidade (GODINHO; GUERRA, 2013). Esta última perspectiva tem maior aderência ao ponto focal deste artigo e será explorado em seguida.

Esta perspectiva preventiva de tutela dos direitos da personalidade decorre de influxos contemporâneos à ideologia patrimonialista dos séculos XVIII e XIX. A ideologia derogada impedia a ciência processual de enriquecer as possibilidades das tutelas preventivas, pois a jurisdição era direcionada à reintegração ou indenização do direito violado. Isso porque, à época, a Revolução Francesa e o Código de Napoleão consagraram uma secular tradição jurídica de cunho individualista com raízes no direito romano, em que uma postura mais ativa de prevenção do juiz significaria uma violação à separação dos poderes, reduzindo a autonomia da vontade (DE CUPIS, 2008, p. 24).

Ademais, apesar da menção aos artigos do Código Civil, a tutela dos direitos da personalidade é esparsa e complementar no ordenamento jurídico. Pode-se indicar a tutela constitucional de defesa da dignidade humana perante os poderes públicos. No espectro penal, há a defesa repressiva à violação dos direitos da personalidade por meio da punição de condutas definidas como crime, que podem ter como objeto violado o direito à vida, à honra, à intimidade, o segredo, os direitos intelectuais entre outros. Dessa forma, assim como os direitos da personalidade não se restringem ao campo dos direitos privados ou públicos, a sua tutela também não se limita ao plano privado ou público (BITTAR, 1989).

Desde a primeira decisão que admitiu a indenização por dano moral pura pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 1966, a figura se desenvolveu. A lesão ou um dano ao patrimônio alheio deveria ser liquidado e indenizado, ou seja, restituído ao estado anterior. Os direitos da personalidade são extrapatrimoniais e não podem ser indenizados no sentido estrito, emergindo a figura do dano moral como possibilidade de compensar a vítima. Hodiernamente já não se percebe mais o dano moral como dor ou sofrimento, o que configuraria uma esfera deveras subjetiva, assim, o dano moral decorre da lesão a um atributo da personalidade (SCHREIBER, 2013, p. 16-17).

Nesse sentido, pode-se retomar os casos da seção introdutória. Pois, não se trata de averiguar a dor das vítimas ou tentar as quantificar, mas de efetivar a tutela dos respectivos direitos da personalidade. No caso 1, a beleza ou a sensação íntima da vítima não deve ser critério da violação ou não dos direitos da personalidade, sob o risco de dar razão ao Tribunal que entendeu inexistir violação da personalidade ao veicular indevidamente imagem de mulher bonita. No caso 2 a situação é ainda mais sensível, tendo em vista que a pessoa com deficiência mental, como era o caso, muitas vezes não ostenta a cognição social ou emotiva de uma pessoa que não possui essas deficiências perante o mesmo acontecimento, ou seja, não se pode descaracterizar a violação de

seus direitos da personalidade por não ostentar a mesma reação de dor ou vergonha que tal página do Orkut traria a uma pessoa que não possua deficiência cognitiva. No caso 3, ainda que o juiz de direito tenha sentido internamente desprestígio de não ser chamado de “doutor” ou “senhor” pelo porteiro de sua residência não pode, por si só, caracterizar violação dos direitos da sua personalidade, até porque pessoas com sensibilidade mais exacerbada receberiam indenizações pelo mesmo fato que outras menos sensíveis não receberiam.

Oportuno ressaltar que a convivência em comunidade é interrelacional e exige certo grau de tolerância. O dano moral ocorre com a violação dos direitos da personalidade que ultrapassem o dissabor cotidiano. O dano deve ser suficiente e superior para romper com os dissabores cotidianos esperados pela própria convivência social, evitando-se sensibilidade exacerbada, sob pena de banalizar o instituto de danos morais pelos aborrecimentos mais triviais (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 94).

Existem três linhas do que é dano moral: a) a natureza do direito subjetivo, que são os direitos da personalidade; b) o efeito do dano à vítima, que considera os aspectos subjetivos como a dor e o vexame; e c) o misto que busca balancear ambas as correntes anteriores. Como observado até aqui, os danos morais são danos efetivos aos direitos da personalidade - da pessoa como ser biológico, moral e social - filiando-se o direito brasileiro à primeira corrente apresentada (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7081-7085).

O dano moral pode ser compensado por dois meios: pecuniário e não pecuniário. A espécie pecuniária é realizada por meio do arbitramento do julgador na análise do caso concreto e das circunstâncias das partes. A espécie não pecuniária é um modo de compensação que pode ter efeitos ainda mais amplos, como a elaboração de um pedido de desculpas. O ideal seria a combinação de ambas as espécies. Todavia, a imensa maioria dos casos nacionais compensam os danos morais exclusivamente pela indenização em dinheiro.

Os tribunais brasileiros já “despatrimonializaram” o dano, mas não ainda a sua reparação. A maioria dos advogados também não parece interessada em pleitear a compensação não pecuniária. Para combater a insuficiência inevitável das somas de dinheiro, tem se argumentado que a responsabilidade civil deve exercer uma função punitiva, que garanta à vítima... mais dinheiro (SCHREIBER, 2013, p. 19).

O dano moral já tinha alguma admissão no Código de Napoleão. À época se pensava que o direito penal seria solução suficiente. Em algumas regiões, a concepção de reparação pecuniária do dano moral era rejeitada pela repugnância em aceitar que o dinheiro pudesse desfazer o prejuízo à honra de uma pessoa. Na Alemanha existiam autorizações de reparação de danos puramente morais.

Com a derrogação do Código napoleônico, a reparação por dano moral desapareceu (COUTO E SILVA, 2015, p. 340).

O direito nacional, banhado de individualismo e patrimonialismo, tinha discussões sociais incipientes, embargadas pelo contexto capitalista e patriarcal (GOMES, 2006). Foi com a Constituição Federal de 1988 que a discussão teve uma ruptura, na medida em que ela trouxe expressamente a possibilidade de indenização por danos morais. No artigo 5º, V e X, do texto constitucional (BRASIL, 1988) ficou expressa a possibilidade de indenização por danos morais. Dessa forma, a Constituição reconheceu a tendência interna e externa da indenização por dano moral como garantia de direito constitucional (CAHALI, 2005).

O Código Civil brasileiro possibilita a indenização por danos morais nos seus artigos 12, 186 e 927 (BRASIL, 2002). A indenização de danos morais deve ser observada a título de compensação. Indenizar decorre do latim *in dene* que significa retornar o patrimônio ao estado anterior, restaurando as consequências do ato, o que não é possível no dano moral (MORAES, 2003, p. 145). Portanto, a indenização decorrente do dano moral é compensatória, com a finalidade de balancear o mal causado.

O *quantum* indenizatório dos danos morais também não é simples. Aos casos de danos patrimoniais deve ser aplicada a teoria da diferença que auferir o patrimônio antes e depois do dano, tornando a indenização a diferença auferida. A compensação de danos extrapatrimoniais não é passível de aplicação da teoria da diferença, sendo arbitrada pelo julgador conforme a gravidade do ato e a característica das partes. Não existe parâmetro de reparação de danos morais no Código Civil e na Constituição Federal, mas apenas a possibilidade jurídica de indenização, colocando-se o critério do *quantum* ao arbítrio do julgador (GODOY, 2003, p. 227).

Ainda, este arbitramento deve ocorrer num procedimento bifásico. Na primeira fase há o arbitramento do valor inicial da indenização, colocando-se o atributo da personalidade atingido, conforme os precedentes jurisprudenciais deste bem jurídico (grupo de casos). Esta primeira etapa harmoniza o tratamento igualitário de casos semelhantes e busca se aproximar da segurança jurídica. Na segunda fase há a fixação da indenização com os moldes das peculiaridades fáticas do caso, analisando-se: (i) a gravidade da culpa do ofensor e da vítima; (ii) a extensão do dano; (iii) a condição socioeconômica das partes; e (iv) a intensidade do sofrimento da vítima que fixará o montante definitivo (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7106-7115).

Portanto, por mais que os direitos da personalidade sejam caracterizados como direitos extrapatrimoniais e não encontrem estimativa em pecúnia podem ser compensados economicamente (JABUR, 2020, p. 441). Dessa forma, a função do dano moral no direito civil contemporâneo seria de compensação do dano sofrido, a prevenção de novos danos com punição

pedagógica do ofensor e a promoção da pessoa humana em sua personalidade e livre desenvolvimento (RODRIGUES; VERAS, 2015, p. 20).

Judith Martins-Costa (2014, p. 7093-7095) complementa que a função do dano moral importou teses estrangeiras sem todo o cuidado que se espera. A doutrina e a jurisprudência majoritária brasileiras se mostram favoráveis à aplicação da teoria do desestímulo, incorporando a doutrina da indenização punitiva (*punitive damages*), ainda que não exista previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. No direito norte-americano há uma diferença entre o caráter compensatório à vítima e a indenização punitiva. Esta última modalidade não se confunde com o dano moral, pois a indenização punitiva decorre da aferição do júri diante de conduta de alta reprovabilidade, uma pena punitiva privada, com função punitiva (voltada à punição pela conduta particular) e dissuasória (desestímulo da repetição do ato pelo infrator e pela sociedade). Por isso, muitas vezes o *punitive damages* é chamado de *exemplary damages*. O dano moral norte-americano também tem aplicação mais restrita que a brasileira, pois a conduta meramente culposa não seria apta a gerar indenização por dano extrapatrimonial, salvo se houver simultaneamente lesão ou repercussão à integridade física.

Retomando o pensamento de Kelsen (1998), especificamente o capítulo oitavo da teoria pura do direito, o jurista propõe que a norma possui um quadrante normativo limitado pela semântica. A norma tem um caráter geral e deve ser individualizada na sua aplicação. Neste momento o julgador terá de tomar uma decisão política dentro das possibilidades da norma, até seu limite semântico. Ainda que se busque nos princípios jurídicos uma efetivação ética e axiológica do direito, em última instância, o fenômeno A deve ser enquadrado como B ou como não B, sob pena de C; recaindo em um sistema que se reduz ao lícito/ilícito totalitário. Dessa forma, a decisão judicial sobre a tutela e sanção dos direitos da personalidade não é apenas jurídica, mas inexoravelmente interdisciplinar.

A concepção moderna de acesso à justiça não se restringe ao peticionamento ou ao acesso ao Judiciário. De qualquer forma, por consectário lógico, não se pode falar em acesso à justiça sem mecanismo que possam efetivar as reivindicações daquele que alega ser titular de direito em um Estado Democrático de Direito. Assim, o acesso à justiça tem duas dimensões quanto à sua finalidade: a) a solução de litígios; e b) resultados individuais e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8-12).

Essa perspectiva de tutelas efetivamente eficazes aos direitos da personalidade remontam ao que já havia sido pontuado por Bobbio (2004) ao analisar a inserção dos direitos humanos no quadro normativo internacional, internalizado pelos Estados posteriormente. Na análise do autor, ter-se-ia reduzido a importância da fundamentação dos direitos da personalidade a partir do direito positivo ou natural, visto que o problema fundamental seria de protegê-los e não tanto de os justificarem.

Com as devidas ressalvas e contextualizações temporais da análise do jurista italiano, a fundamentação ou justificativa dos direitos da personalidade não devem ter sua análise postergada à sua efetivação.

Dessa forma, considerando a exposição da estrutura do instituto dos danos morais como uma das formas de tutela à violação dos direitos da personalidade, procede-se com a exposição crítica interdisciplinar do instituto, visando uma análise que radique a tutela da pessoa humana. Na análise crítica que se propõe a realizar quanto aos danos morais, como observado até este momento, os danos morais podem ser sancionados pela indenização de pecuniária ou não pecuniária, sendo ideal a combinação de ambos. Na continuação desta abordagem, será tomado o mais comum da práxis forense, que é a indenização apenas pecuniária. Portanto, o ponto que se busca avaliar na seção seguinte é a da aparente contradição entre a ipseidade ou singularidade humana que se totaliza ou homogeniza pela natureza monetária.

### **3. A RELAÇÃO ENTRE PESSOAS E COISAS: O DINHEIRO, O VALOR E O FETICHISMO DA MERCADORIA - INDÚSTRIA DO DANO MORAL**

“Nenhum servo pode servir dois senhores; porque, ou há de odiar um e amar outro, ou se já de chegar a um e desprezar o outro. Não podeis servir a Deus e a Mamom.”  
Lucas 16:13

Os direitos da personalidade estão topograficamente postos no Código Civil, sendo o direito civil espaço das atividades privadas entre sujeitos e bens que podem ser dimensionados no processo econômico. Os direitos da personalidade são enquadrados como direitos extrapatrimoniais, ou seja, que não recaem sobre bens ou relações patrimoniais. Esta percepção, contudo, perpassa pelos influxos modernos do direito civil constitucional, que teve de se adequar à nova tábua de valores constitucional.

Nesse sentido, destaca-se que o método da constitucionalização do direito privado ou o direito civil-constitucional foi desenvolvido pelo italiano Pietro Perlingieri (2019). Este ressalta que cada método traz caminhos e resultados diferentes para a mesma questão, porque o método coloca como se pretende que seja o direito e como será sua aplicação. A proposta do jurista é de que ao fazer a leitura do Código Civil a partir da Constituição, torna-se impossível falar em direito público e privado, porque todo o ordenamento jurídico irá partilhar dos mesmos valores e princípios fundamentais. A interpretação passa a ser sistêmica e axiológica. Deve-se interpretar o instituto conforme o microssistema no qual ele se encaixa, e não como um conjunto neutro e sistema formal e neutro de conceitos, a fim de que se considere as particularidades da categoria sem as violentar. (PERLINGIERI, 2019, p. 6).



Especialmente em decorrência das duas Grandes Guerras, houve um movimento ocidental de refundação das ordens jurídica, colocando-se a dignidade da pessoa humana como seu fundamento central. O direito privado também foi afetado pelos influxos, o então Código Civil de 1916 tinha como paradigmas o individualismo e patrimonialismo, tutelando prioritariamente: a propriedade, o contrato e a família. O novo centro normativo reverberou diversas mudanças jurídicas, como o movimento de repersonalização do direito civil, propondo-se um direito civil axiológico e ético cuja preocupação primeira fosse com o ser humano (AQUINO JUNIOR, 2012).

Diante destas primeiras considerações, não se pode pensar em outra orientação ao direito civil que não tenham como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminações. Da mesma forma, a análise do instituto dos danos morais não pode ter finalidade diversa. Todavia, o direito é aplicado como forma em plano deontológico do sujeito de direito que atua como representação da projeção do ser humano no plano jurídico.

Assim, para ser possível compreender o instituto dos direitos da personalidade deve-se observar as expressões que a compõem: norma (direitos), direitos da (especificamente a preposição da), e pessoa (personalidade). A norma decorre da concepção de normal, do que é costumeiro ou ainda, do que é desejado (KELSEN, 1986), ou seja, a referência normativa é o normal e não o que é diferente ou o que se molda ao particular. Ainda, a problemática do sistema de formas jurídicas reside em não aportar toda a dimensão do ser humano e ao mesmo tempo ter pretensão totalizante. A norma jurídica é capaz de determinar certas condutas do indivíduo, e não sua existência inteira. Por isso o ser humano, que é uma categoria biológica, não é absorvido integralmente pelo conceito de pessoa, que é categoria normativa. Pessoa é a personificação dos direitos e deveres do ser humano capaz de portar direitos e deveres (KELSEN, 1990). Já a preposição *da* que vincula os termos direitos e personalidade pode parecer que se indica que são direitos da pessoa, ou seja, o termo faz referência à categoria jurídica-deontológica da pessoa e não da categoria biológica-ontológica do ser humano, assim, os direitos da personalidade seriam direitos subjetivos autorizados e protegidos pelo direito objetivo positivo à forma pessoa (KELSEN, 1998).

A exploração econômica de um homem por outro não ocorre mais no plano fático-econômico, este quadro é velado, fetichizado pela forma jurídica. É no centro do direito, de seus núcleos duros e fundações que se inserem os conceitos básicos de teoria geral do direito, tais quais os direitos subjetivos, sujeito de direito e as formas jurídicas a-históricas, sem a devida dialética histórica material hábil a demonstrar a exploração do homem pelo homem. Dessa forma, há uma primeira alienação da relação material entre os humanos e o produto de seu trabalho, e uma segunda entre os

próprios humanos (PACHUKANIS, 1988, p. 15-30). Dessa forma, os humanos alienados das próprias coisas que criam, ao tentar os adquirir no mercado, passam a ser dominados pelas coisas que criam, sendo o produtor coisificado no processo.

Neste contexto torna-se necessário analisar o conceito de fetichismo da mercadoria e como esta pode ser apresentada ao sistema de compensação por danos morais. O valor de um produto da atividade humana pode ser verificado pelo quanto satisfaz às necessidades e interesses das pessoas, esta percepção caracteriza o valor de uso. Todavia, o produto da atividade humana como mercadoria, ou seja, posta no mercado, adquire atributo misterioso, pois adquire atributos que não são originalmente seus, ultrapassando sua própria existência. Dessa forma, diante de um mercado já consolidado quanto às trocas e produção, as formas que rotulam os produtos do trabalho como mercadorias já tem solidez de formas naturais da vida social, sendo pressupostas à sua circulação. Assim, somente a análise dos preços das mercadorias conduziu à determinação da grandeza do valor, e somente a expressão monetária comum das mercadorias conduziu à fixação de seu caráter de valor. Porém, é justamente essa forma acabada, a forma-dinheiro, do mundo das mercadorias que vela materialmente (MARX, 2004, p. 204-206).

Nestes termos, não se pode pensar no conceito de fetiche como o desejo das pessoas consumirem e adquirirem mercadorias ou o não conhecimento ou percepção do trabalho humano atrás das mercadorias. O conceito de fetiche verte a crítica ao que as pessoas desejam no seu modo de produção e de se relacionar, que é o dinheiro. Esta orientação social-produtiva capitalista, chamada de fetiche, substitui o anseio das mercadorias com seu valor de uso pelo ente abstrato universal que é o dinheiro-mercadoria. O capitalismo é a sociedade da troca, que tem como finalidade de acumular dinheiro, queremos produzir mercadorias porque valem dinheiro, geram dinheiro e podem ser trocadas por dinheiro. O dinheiro é um fim em si mesmo. Todavia, o dinheiro não tem um valor em si, nada o compra, mas tudo compra, pois reflete o valor-poder que tem sobre as mercadorias. O dinheiro só tem valor pelo modo como nos relacionamos na circulação de mercadorias, de forma que nós personificamos o dinheiro. O que parece ser a riqueza é o dinheiro, as mercadorias parecem valer na prática pelo dinheiro e não pelas mercadorias em si. As pessoas produzem coisas porque valem dinheiro e podem fazer dinheiro, não porque precisam daquela coisa, visando acumular algo que não tem valor em si, somente o reflexo de coisas que perdem a gênese de seu valor.

A relação que se propõe do conceito de fetiche com os danos morais é de que se torna contraditório pensar em compensar a pessoa violada de sua personalidade *in natura* ou por outras vias que possam restaurar sua dignidade pelos seus atributos de personalidade. Todavia, se o desejo da pessoa é o dinheiro pela via compensatória, quer dizer que a pessoa utilizará o dinheiro para

compensar sua lesão ou perda de atributos de personalidade, ou seja, a fetichização já não se limita aos produtos no mercado, a forma mercadoria indica ter acometido os próprios atributos de personalidade que constituem sua dignidade.

Sabe-se que não é possível indenizar ou retornar a violação de bens extrapatrimoniais, como são os direitos da personalidade, ao estado anterior, porém, tal concepção decorre de um sistema que padroniza todos os valores sociais num denominador comum. As pessoas subjetivadas pelo sistema capitalista detêm grande dificuldade para enxergar qualquer solução para os seus problemas de valor que não seja o único valor que lhe é apresentado.

Nesse fluxo, interessante trazer à tona o conceito de idolatria. O termo é desenvolvido a partir das escrituras bíblicas como a crença de que poderes divinos ou mágicos podem ser encontrados em certos objetos naturais ou produzidos pelo homem. Estes objetos seriam deuses em si mesmos. A crítica profética que recai nesse contexto é de que o vazio possui conteúdo, ou seja, de que exista alguma presença simulada no espaço sem presença verdadeira. O fetichismo é uma permanente tentação causada por diversas formas de idolatria. Não como evento, mas processo de decadência. A essência da idolatria reside como adequação entre adoração desmedida da riqueza e da opulência; a ânsia de mais querer e a crueldade como expressão da justiça, conjugação que propiciou a criação de Mamon. É o dinheiro, o dinheiro adorado, o dinheiro como adoração (SOUZA, 2020, p. 21-22). “O culto à idolatria é sempre, de um modo ou de outro, um culto à morte” (SOUZA, 2020, p. 32).

Ao final da Modernidade, Nietzsche anuncia a morte de Deus no famoso aforisma 125 da *Gay Ciência* (2012). Nesta sentença, o filósofo do martelo constrói a narrativa de um louco que foi ao mercado e passou a gritar na procura de Deus e, ao perceber a descrença em Deus dos que o cercavam, passou a gargalhar; ao final, irrompeu em diversas igrejas entoando o *Réquiem aeternaum deo* e sendo expulso delas, questionando o que seriam as igrejas, senão mausolés e túmulos de Deus. Sem a pretensão de propor a mensagem integral do aforisma, pode-se destacar que a passagem guarda certa semelhança com a de Jesus Cristo – tal como descrito no Livro de Jó, capítulo 13, versículo 22 (BÍBLIA SAGRADA, 1991) ao subir Jerusalém e encontrar à frente do templo diversos comerciantes, à época podendo ser classificado como um louco, expulsando-os “tirai isto daqui! Não façais da casa de meu Pai uma casa de comércio!

Todavia, para Giorgio Agamben (2012), Deus não morreu, ele se tornou Dinheiro. O filósofo traz rica contribuição ao debate com o resgate da perspectiva benjaminiana do capitalismo como religião. Trata-se de culto ininterrupto cuja liturgia é o trabalho e seu objeto o dinheiro. O banco inscreve-se no lugar da igreja, seus funcionários no lugar dos padres. Os Estados tornam-se reféns do crédito, abdicando de sua soberania.

Nesse sentido, para Walter Benjamim (1991) o capitalismo toma o mesmo lugar, dá respostas às mesmas preocupações, tormentos e inquietudes que as chamadas religiões. Desenvolveu-se no Ocidente como parasita do cristianismo, não apenas do calvinismo, mas de suas diversas correntes, de tal como que a reforma protestante não favoreceu a emergência do capitalismo, como postula Weber, mas se converteu em capitalismo. O paganismo originário também via a religião como um interesse imediatamente prático. O capitalismo desenvolve-se como fenômeno religioso essencial, com três elementos estruturais: 1) há uma relação imediata do capitalismo com o culto, sem dogmas ou teologia; 2) o culto é permanente; e 3) é um culto culpabilizador que não expia a própria culpa, mas se pretende universal para implicar o próprio Deus nesta culpa, descaracterizando sua própria transcendência.

Chegou-se ao ponto de se considerar que a economia tem personalidade própria, vida própria, sendo colocada na mesma balança que as vidas humanas. Para ilustrar a crítica dessa razão idolátrica, no contexto da pandemia da Covid-19 na sociedade brasileira, pode-se verificar que é no extremo da saúde que se revela a verdade, expondo-se as contradições de sua estrutura jurídica e política. Neste extremo, desvela-se que a sociedade de acumulação precisa da saúde, mas não a nutre adequadamente, tendo em vista que a sua estruturação é voltada à extração do mais-valor e do lucro, em detrimento da intenção de salvar vidas, de tal forma que “vida, dignidade e saúde são preceitos e princípios materialmente contraditórios aos termos do capitalismo” (MASCARO, 2020, p. 433-434).

A fim de concretizar movimentos que se aproximam com o proposto nesta crítica, indica-se o movimento neopentecostal e da teologia da prosperidade, especialmente ao valor que o dinheiro recebe neste movimento. O dinheiro torna-se mediação com o sagrado. A relação entre dinheiro e religião foi estreitada pelo neoliberalismo global, sendo o dinheiro consequência da ação de Deus pelo humano e a prosperidade eleita como meio de vida. A soberania de Deus é deslocada a um plano secundário, diante da individualidade contemporânea, prestigiando a autonomia plena, de modo a tornar Deus um agente de concretização de desejos materiais (GABATZ, 2012, p. 95-96).

O movimento da teologia da prosperidade prega um Deus inerte aos infortúnios. São os humanos ungidos da palavra da igreja os responsáveis por colocar o poder divino em operação. Os humanos devem pagar o dízimo, ter fé e profetizar o divino, pois se nestes termos seguirem, cumprindo com o pactuado com Deus, este ficará vinculado a prover a contraprestação, seja ela a saúde, a felicidade ou a prosperidade material. Nesse contexto, o crente pode reivindicar a qualquer tempo a propriedade decorrente da Palavra de Deus. Caso a promessa divina não seja cumprida em vida, significa que o humano não foi capaz de movimentar adequadamente essa força. Essa perspectiva da fé individualizada produz uma subjetividade de mercado, na medida em que se

desfaz a noção de culpa e desenvolve a vergonha, estabelecendo que o indivíduo ideal é feliz, com sucesso e possui dinheiro, condições que confirmam e reproduzem o discurso capitalista neoliberal. Assim, a doença, a dor, a pobreza são *status* daqueles que não acreditam em Deus (GABATZ, 2012, p. 105-107). Nesse sentido, pode-se observar uma razão instrumental segundo a qual Deus torna-se um meio para o objetivo da prosperidade, ou seja, a fetichização de Deus.

Nessa linha, a teologia da prosperidade propõe uma transcendência imanente por meio do sucesso econômico, de felicidade e saúde. A salvação não é mais encontrada no pós-morte, mas no imediato e no material. Pode-se observar que esta perspectiva tem relação direta com os danos morais, na medida em que também se postula a justiça de bens extrapatrimoniais, tidos como os mais essenciais da pessoa humana, por meio do dinheiro. Tal compensação pecuniária antecipa o gozo dos direitos da personalidade, ceifando do futuro uma possibilidade de redenção, por quaisquer vias cogitadas, transformando-a imediatamente e materialmente em mercadoria.

A contradição inerente a colocar valores essenciais da pessoa humana no denominador comum do dinheiro é visível tanto legal quanto jurisprudencialmente. Apesar das tentativas de tabelamento dos danos morais, especialmente por motivos de segurança jurídica, trata-se de perspectiva que atualmente está à míngua de regra específica e objetiva. Desse modo, verifica-se que, ao invés da contradição suscitar questionamentos axiológicos e sociais do dinheiro, causa-se dois fenômenos distintos que buscam resolver o problema do dinheiro com o valor do dinheiro: a) a indústria do dano moral como exacerbação e banalização de valores quantitativos; e b) o mero aborrecimento ou a fixação de valores meramente simbólicos, incapazes, portanto, de cumprir a função pedagógica voltada ao desestímulo à repetição do dano (WAMBIER; WAMBIER, 2008, p. 224).

A lei tem origem próxima à da religião. Na Grécia e Roma Antiga, as crenças religiosas desempenhavam papel mais importante que a própria família. Do culto à religião eram conferidos ou negados muitos direitos, pois eles eram regulamentados tendo em vista a participação no culto e não ao parentesco. Dessa forma, o direito de cidadania era concedido à época a todo homem que integrava o culto da cidade e desta participação lhe derivavam todos os seus direitos civis e políticos. O estrangeiro, por exemplo, não tinha acesso ao culto (KELLER, 2007). Inclusive, “renunciando ao culto, renunciava aos seus direitos” (COULANGES, 1998, p. 189). Na Idade Média, o conceito de dignidade foi desenvolvido a partir da concepção de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus e que, por isso, em reflexo, tinha dignidade (SUPIOT, 2007).

A proposta de danos morais busca valorizar a pessoa humana com direitos da personalidade. Contudo, a resposta de indenização pecuniária é imanente a uma sociedade liberal e capitalista. Assim, retoma-se uma fórmula geral de universalização das coisas por meio do capital: “o que é para mim pelo dinheiro, o que eu posso pagar, isto é, o que o dinheiro pode comprar, isso sou eu, o

possuidor do próprio dinheiro” (MARX, 2004, p. 179). A compensação pecuniária a título satisfativo de uma indenização por danos morais, ainda que se coloque a ressalva de que os bens extrapatrimoniais não são passíveis de conversão monetária, na sua dimensão funcional convertem os direitos da personalidade em dinheiro, e produzem o risco de reduzir a singular pessoa no mesmo denominador comum. Há uma fetichização dos direitos da personalidade por meio dos danos morais.

É necessário pontuar que a crítica não é ao dinheiro em si, mas à possibilidade prática de converter o humano ou seus valores em pecúnia. É justamente a abjeção a esta possibilidade de conversão que fez com que surgissem intensos debates sobre a possibilidade de se incorporar o instituto do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro antes da Constituição Federal de 1988 (WAMBIER; WAMBIER, 2008, p. 220). Todavia, a prática forense indica que não somente o direito não encontra outra forma de salvaguardar os direitos da personalidade, como também é justamente o viés indenizatório que é buscado pelos humanos em uma sociedade de consumo.

Essa redução do outro no mesmo, numa perspectiva marxista, seria promovida pelos núcleos jurídicos do direito burguês. Dentro da teoria geral do direito, o direito subjetivo, o sujeito de direito e as formas jurídicas alienam o humano das condições históricas em que está inserido, legitimando com isonomia o negócio jurídico de venda da força de trabalho por um e a compra por outro. Este processo engendrará um ciclo de mercadoria-dinheiro-mercadoria que aliena o humano do processo histórico (PACHUKANIS, 1988, p. 15- 30).

Atomiza-se o ser, criam-se liames artificiais de reprodução social em grandeza inversamente proporcional. A reificação do trabalho social confere às relações de mercado *status* de autossuficiência (MARX, 1999, p. 75-83). Com a passada da sociedade mercantil para a capitalista, percebe-se que as coisas começam a ser, e os seres reificam-se. Analisando pela via da desnaturação, Karl Marx (1999) percebe o dinheiro como mercadoria, não mais apenas como *meio* para transações, medida de valor ou reserva de valor, mas *expressão* de valor. Essa mercadoria tem uma particularidade, que é equivalente ao universal.

Há um fenômeno de fetichização do dinheiro que dá vazão à “inversão universal das individualidades, que ele converte no seu contrário e que acrescenta aos seus atributos contraditórios” (MARX, 2004, p. 160). O valor é expresso em quantidade, número, de tal modo que tudo se torna passível de conversão em dinheiro, que deveria ser meio para coisas que satisfazem e auxiliam as pessoas, mas ele se torna um fim em si, ou seja, as pessoas buscam o dinheiro por si, apesar do dinheiro em si não ter valor algum. O fetiche da mercadoria promove o *status* em que o dinheiro tem valor em si e as coisas têm valor no dinheiro. A ideia de fetiche move a sociedade mercantil à sociedade capitalista. Nesse sentido, se outrora as civilizações viam no dinheiro o

caráter corrosivo da ordem econômica e moral, a sociedade contemporânea o aplaude como o princípio mais autêntico da sua vida (MARX, 1999, p. 146).

O direito promove uma alienação dos valores dos direitos da personalidade pela forma jurídica. A percepção passa a ser de que a quantidade de casos que acarretam em danos morais e a quantidade da compensação pecuniária, quando, na verdade, a compensação promove o seu fetiche, ou seja, a compensação pecuniária transforma-se no direito em si. Isso porque, numa perspectiva prática, a compensação pecuniária deixa de ser um meio ou uma consequência e passa a ser a causa, visto que a pessoa não busca mais efetivar seus direitos da personalidade na via judicial, mas busca receber a compensação pecuniária como efetivação de seus direitos.

A alienação quanto ao cenário jurídico é tão grande que os sujeitos de direito vão militar por carrear mais e melhores mercadorias, pois esta é a forma jurídica imposta ao seu tempo de trabalho, ao seu lazer e à sua personalidade. É neste cenário que, “para muitos, é inconcebível que haja um horizonte das lutas e das revoluções maior que a própria luta por direitos humanos” (MASCARO, 2017).

Na verdade, o Estado é uma entidade necessária à manutenção do sistema capitalista. Esta entidade molda as manifestações reprodutivas do sistema e promove o direito formal da liberdade e da igualdade. O conteúdo ou a substância da personalidade dos humanos é ignorada, pois todos serão colocados sob a mesma régua da lei, desvinculando-os de sua condição de classe. Dessa maneira, tanto o trabalhador como o empregador são, perante o Estado, juridicamente iguais à condição de cidadãos (BEZERRA; GOIS, 2014).

Assim, ao tornar o *outro* o *mesmo* pela via jurídica, demonstra-se que os direitos da personalidade estão a serviço do capital e não da própria pessoa em si como singularidade. Essas concepções filosóficas encontram simetria numa perspectiva econômica do desenvolvimento do Estado, pois o desenvolvimento de direitos sociais e os próprios direitos subjetivos foram consolidados num contexto econômico que exigia novas configurações sociais com a finalidade de sustentar o próprio modelo capitalista.

A busca por legislações estáveis, a exemplo da precisão das ciências exatas, permitiu aos modernos a construção da escola de direito natural que era, fundamentalmente, um direito civil moldado de acordo com os interesses da burguesia nascente (MASCARO, 2010, p. 155). Modelo tão estanque de direito confirmou, justamente por ser assim, a ruptura com o direito anterior. Isso porque um direito relativo, flexível, circunstancial e culturalmente variável era aplicável, por exemplo, ao direito absolutista, de tal modo que seus defensores também poderiam regatear a sua legitimidade (MASCARO, 2010, p. 159).

Assim ocorreu porque o capitalismo reclama, para seu desenvolvimento, a previsão e a calculabilidade, de modo que a racionalidade do mercado corresponde a um direito de mesmo gênero, autorizador da circulação mercantil (GRAU, 2011, p. 119). Daí a busca pela certeza racional dos direitos ser bastante para garantir uma estabilidade jurídica, sendo que a sistematização dos institutos de direito civil, tal como feita até hoje, atendeu plenamente tal expectativa. O que está a se tratar nesse ponto é justamente da segurança jurídica. Isto é, a ideia de prévio conhecimento da lei e do tratamento que se dará quando da sua aplicação, a fim de que, pelo viés jurídico, o planejamento econômico de hoje siga até o seu final do modo inicialmente concebido, sem sobressaltos que possam representar prejuízos. O racionalismo jurídico, dessa forma, situa-se na própria base do Estado Moderno, porque este vai exigir coercitivamente o cumprimento das prestações advindas das relações de troca (PACHUKANIS, 1988, p. 90-2). Com efeito, suas manifestações intelectivas, como construção de conceitos e sistemas, são a própria expressão do domínio do capitalismo e da classe burguesa, racionalista e calculadora (AMARAL, 1993, p. 47).

Dessa forma, a proposta do instituto dos danos morais se mostra interessada em tutelar os direitos extrapatrimoniais da pessoa, que são os direitos da personalidade. Todavia, a dimensão funcional do instituto promove a fetichização da pessoa com seus direitos da personalidade. Os direitos da personalidade, considerados os mais essenciais da pessoa, recebem funcionalmente o mesmo valor que o monetário.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema de pesquisa que orientou este estudo foi: em que medida o aspecto funcional dos danos morais pode ser criticado a partir do conceito de fetiche da mercadoria? A hipótese inicial testada foi de que o instituto seria objeto de banalização, com a criação de uma indústria do dano moral.

Na primeira seção de desenvolvimento, observou-se: 1) a estrutura normativa dos danos morais a partir do positivismo jurídico kelseniano; 2) a natureza de compensação dos danos morais; 3) a dificuldade de se estabelecer o arbitramento do montante da indenização e o sistema bifásico atual; e 4) dos danos morais como efetivação dos direitos da personalidade. Na segunda seção de desenvolvimento, verificou-se: 5) o conceito de fetiche da mercadoria; 6) o capitalismo como religião; 7) a relação da teologia da prosperidade com os danos morais; e 8) o enraizamento dos danos morais numa estrutura de alienação da pessoa com seus direitos da personalidade.

Com as considerações das seções de desenvolvimento, pode-se retomar os casos apresentados na seção introdutória por uma perspectiva crítica do fetiche da mercadoria. No caso 1, com as ressalvas especulativas, uma indenização de R\$ 50 mil reais para um jornal da época não causaria sua ruína e, talvez, tenha sido menor que o seu lucro (considerando que a própria polêmica poderia ter aumentando suas vendas da edição) e uma atriz de projeção nacional não mudaria seu patamar de vida com tal montante, colocando-se seus direitos da personalidade em segundo plano. No caso 2, o valor de R\$ 3 mil reais, muito provavelmente, não faria diferença ao rapaz com deficiência e sua família, pois seu valor é relativamente baixo a ponto de mudar algo substancial na vida destes. Todavia, mesmo que o valor fosse de dez vezes o montante, igualmente não se consegue perceber como poderia o rapaz com deficiência mental recuperar sua honra e imagem violadas nas redes sociais. No caso 3, a petição inicial do juiz de direito pediu 100 salários-mínimos de indenização moral pelo porteiro não lhe chamar de “doutor” ou “senhor”. Aparentemente, a indenização se tornaria mais uma punição pelo suposto desrespeito à autoridade (que em sua inicial argumenta que por ser Magistrado, por sua posição social e “como homem público, tem sua honra valorada especialmente em relação aos particulares”) do que a tutela legítima de direitos da personalidade.

Pontua-se que o instituto dos danos morais se insere num contexto axiológico do capital, de modo que, talvez, sua compensação pecuniária seria a resposta esperada da organização social Ocidental. Todavia, ao se expor tal contexto, a contradição inerente à sua dimensão temporal torna sua legitimidade questionável, na medida em que seu uso na práxis forense denuncia uma tutela alienante dos direitos da personalidade, e até mesmo uma limitação do direito. Teoricamente, não se trata de uma problemática da estrutura do direito positivo, pois a teoria pura do direito isenta o direito de qualquer valor prévio, de modo que a percepção crítica dos direitos da personalidade decorre muito mais de decisões políticas e hermenêuticas do que da normativa estrutural. É hora retomar a discussão acerca de uma redução a dinheiro dos direitos da personalidade.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Entrevista. “DEUS não morreu. Ele tornou-se Dinheiro”. **Blog da Boitempo**, 31 ago. 2012. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2012/08/31/deus-nao-morreu-ele-tornou-se-dinheiro-entrevista-com-giorgio-agamben/>. Acesso em: 2 jun. 2023.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.31, n.121, p. 233-243, 1994. Disponível em:



<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176154/000482280.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 30 dez. 2021.

AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. A repersonalização do Direito Civil a partir da perspectiva do Direito Civil Constitucional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, n. 9, 2012, p. 5117-5144. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/09/2012\\_09\\_5117\\_5144.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/09/2012_09_5117_5144.pdf). Acesso em: 20 mai. 2023.

BENJAMIN, Walter. Capitalismo como religião. Tradução de Jander de Melo Marques Araújo. **Revista Garrafa**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 25, 2011. Disponível em: [http://www.ciencialit.letras.ufrj.br/garrafa/garrafa23/janderdemelo\\_capitalismocomo.pdf](http://www.ciencialit.letras.ufrj.br/garrafa/garrafa23/janderdemelo_capitalismocomo.pdf). Acesso em: 18 jun. 2023.

**BÍBLIA SAGRADA**. Tradução de José Luiz Gonzaga do Prado. São Paulo: Paulus, 1991.

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.728.069/MG**. Relator Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 23.10.2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766924&num\\_registro=201703136813&data=20181026&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766924&num_registro=201703136813&data=20181026&formato=PDF). Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 270.730-RJ (2000/0078399-4)**. Relator Carlos Alberto Menezes. Julgado em 19 dez de 2000. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=57510&nreg=200000783994&dt=20010507&formato=PDF>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo de Instrumento em RE 860.598/RJ**. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 22.04.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-recurso-juiz-doutor.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, n.1, p. 333-348, 2015.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quórum, 2008.

GABATZ, Celso. A importância do dinheiro nas práticas religiosas das denominações neopentecostais: uma análise a partir da teologia da prosperidade. **Revista Ciência da Religião**, v. 10, n. 2, p. 93-118, 2012. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cr/article/view/5054/3844>. Acesso em: 2 jun. 2023.

GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro. **Revista Cesumar**, Maringá, v. 13, n. 1, p. 179-208, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2440#:~:text=Os%20direitos%20da%20personalidade%2C%20enquanto,ofensas%20%C3%A0%20sua%20pr%C3%B3pria%20dignidade>. Acesso em: 3 nov. 2022.

GODOY, Altimar Pasin de. Dano moral e a sua consagração no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v3, n.1, p. 223-238, 2003. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/394>. Acesso em: 03 nov. 2022.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

JABUR, Gilberto Haddad. Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. **Revista Jurídica Unicritiba**, Curitiba, v. 58, n.1, p. 435-488, 2020. Disponível em: <http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3844>. Acesso em: 26 jan. 2023.

JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. BDJUR: Brasília, 2009b. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20438>. Acesso em: 25 nov. 2022.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009a.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista RJLB**, Lisboa, v.3, n.9, p. 7073-7122, 2014. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07073\\_07122.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf). Acesso em: 26 jan. 2023.

MARX, Karl. O capital. Livro I. Rio de Janeiro: BOITEMPO, 2023.

MASCARO, Alysson Leandro. Política e Direito na Pandemia. *In*: WARDE, Walfredo; VALIM, Rafael (cords.). **As consequências da COVID-19 no Direito Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 431-441.

MORAES, Maria Celina de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional do dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista Civilística**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 1-9, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoesprivadas/>. Acesso em: 30 dez. 2021.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. **Revista Civilística**, São Paulo, v.4, n.2, p. 1-24, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Crítica da razão idolátrica: tentação de thanatos, necroética e sobrevivência**. Porto Alegre: Zouk, 2020.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O fundamento constitucional da dignidade humana e a conduta da jurisprudência na escolha de critério para a fixação do valor das indenizações, em algumas hipóteses especiais de dano contra a saúde. In: Ives Gandra Martins; Francisco Rezek. (Org.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 216-228.

**Sobre os autores:****Walter Lucas Ikeda**

Doutorando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Pós-graduado em Direito pela PUCPR. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Graduando em Filosofia pela UniCesumar. Professor de Direito. Advogado.

Unicesumar

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6079-7109>

E-mail: [walterlucasikeda@gmail.com](mailto:walterlucasikeda@gmail.com)

**Rodrigo Valente Giublin Teixeira**

Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) (2009/2012). MBA em Business Law e Gestão (FGV)(2018/2020) Mestre em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) (2003/2004). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino (IPE/OAB) (2002/2003). Graduado em Direito pelo Universidade Cesumar (UNICESUMAR)(1997/2001). Professor na graduação desde 2006, na pós-graduação desde 2003 (lato sensu) e 2013 (strictu sensu). Professor e advogado.

Unicesumar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6562-6731>

E-mail: [rodrigo@rodrigovalente.com.br](mailto:rodrigo@rodrigovalente.com.br)